K. ZWEIGERT
H. KOTZ

LYGINAMOSIOS TEISĖS ĮVADAS

TEISĖ



EUGRIMAS

K. ZWEIGERT
H. KOTZ

LYGINAMOSIOS TEISĖS ĮVADAS

K. ZWEIGERT
H. KOTZ

LYGINAMOSIOS TEISĖS ĮVADAS

Iš vokiečių kalbos vertė

DANUTĖ GEČIENĖ
VYTAUTAS NEKROŠIUS

VILNIUS
EUGRIMAS
2001

UDK 340.5
Zv-13

Versta iš:
K. Zweigert, H. Kötz
Einführung in die Rechtsvergleichung

Iš vokiečių kalbos vertė:
Danutė Gečienė, Vytautas Nekrošius

Knygos leidimą finansavo
ATVIROS LIETUVOS FONDAS

ISBN 9986-752-97-3

TURINYS

SANTRUMPOS

1. SUTRUMPINTAI CITUOJAMA LITERATŪRA

Cheshire/Fifoot (-Furmston)	The Law of Contract[12] (nauja redakcija, *Furmston*, 1991)
Corbin	On Contracts, A Comprehensive Treatise on the Working Rules of Contract Law (1950 ir kt.)
Farnsworth	On Contracts, 3 tomai (1990)
Mazeaud/Chabas	*Henry Mazeud, Leon Mazeaud* ir *Jean Mazeud*, Lecons de droit civil, II 1[8] tomas: Obligations, Theorie generale (*Chabas* redakcija, 1991)
Mazeud/Tunc	*Henry Mazeud, Leon Mazeaud* ir *Andre Tunc*, Traite theorique et practique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle, tomas I[6] (1965), tomas III[5] (1958), tomas III[5] (1960)
Planiol/Ripert	Traite practique de droit civil français, VI tomas[2] (*Esmein* redakcija, 1952), tomas VII[2] (*Esmein, Radouant* ir *Gabolte* redakcija, 1954)
Pollock/Winfield	Pollock's Principles of Contract[13] (*Winfield* redakcija, 1950)
Prosser/Keeton	*Prosser* and *Keeton*, On the Law of Torts[5] (1984)
Ripert/Boulanger	Traite de droit civil d'apres le Traite de Planiol, tomas I (1956), tomas II (1957)
Treitel	Law of Contract[7] (1987)
Viney	La responsabilite: Conditions, Traite de droit civil (Leidėjas: Ghestin), IV tomas (1982)
Williston	A Treatise on the Law of Contracts[3] (*Jaeger* redakcija, 1957 ir kt.)

2. KITOS SANTRUMPOS

(2d)	Atlantic Reporter (Second Series)
ABGB	(Österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Austrijos) civilinis kodeksas
A.C.	Law Reports, Appeal Cases (nuo 1891)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis Civilinės praktikos archyvas
A. L. J. R.	Australian Law Journal Reports (nuo 1958)
All E. R.	All England Law Reports (nuo 1936)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten Prūsijos žemės teisė
A.L.R. (2d)	American Law Reports Annotated (Second Series)
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. Jurist	American Jurist and Law Magazine (1829–1843)

Annal. Fac. Istanb.	Annales de la Faculte de droit d'Istanbul (nuo 1951)
Ann. Dir. Comp.	Annuario di Diritto Comparato
Ann. Fac. de Droit	Annales de la Faculte de droit, d'economie et des sciences sociales de Liege (nuo 1976)
App. Cas.	Law Reports, Appeal Cases (1875–1890)
ArchbürgR	Archiv für bürgerliches Recht Civilinės teisės archyvas
Ark.L.Rev.	Arkansas Law Review (nuo 1946)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (1933–1944, 1949 ir kt.) Teisės ir socialinės filosofijos archyvas
Austr. L. J.	Austrian Law Journal (nuo 1927)
AWD	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (1958–1974) Įmonės konsultantas užsienio reikalams
BAG	Bundesarbeitsgericht Vokietijos federalinis darbo teismas
\BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts Vokietijos federalinio darbo teismo sprendimai
BankArch.	Bankarchiv Banko archyvas
Basler Jur. Mitt.	Basler Juristische Mitteilungen (nuo 1954) Bazelio teisiniai pranešimai
BB	der Betriebs-Berater (nuo 1946) Įmonės konsultantas
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft Šveicarijos Konfederacijos biuletenis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch Vokietijos civilinis kodeksas
BGBl.	Bundesgesetzblatt Vokietijos federalinis įstatymų biuletenis
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen Vokietijos Aukščiausiojo Teismo civilinių bylų skyriaus sprendimai
BlZüRspr.	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung Ziūricho teismų praktika
Bol. Inst. Mex.	Boletin del Instituto de Derecho Comparado de Mexico
Bol. Mex. der comp.N.S	Boletin mexicano de derecho comparado (nuo 1968)
Bost. Ind. Com. L. Rev.	Boston College Industrial and Commercial Law Review
Brit. YB. Int. L.	The British Yearbook of International Law
Bull. civ.	Bulletin des arrets de la Cour de cassation, Chambres civiles
Bull. Soc. leg. comp.	Bulletin de la Societe legislation comparee (1873–1948, po to Revue internationale de droit compare)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht Vokietijos Konstitucinis Teismas
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz Vokietijos Konstitucinio Teismo įstatymas
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

	Vokietijos federalinio administracinio teismo sprendimai
BW	Burgerlijk Wetboek
Calif. L. Rev.	California Law Review
Camb. L. J.	Cambridge Law Journal
can.	canon
Can. B. Rev.	Canadian Bar Review
Cass.	Corte Suprema di Cassazione (Italien)
Ch.	Law Reports, Chnacery Division (nuo 1891)
Ch. D.	Law Reports, Chancery Division (1875–1890)
Ch. reun.	Cour de Cassation, Chambres reunies
cif	cost, insurance, freight
Civ.	Cour de Cassation, Chambre civile
C.L.R.	Commonwealth Law Reports (Australien)
Clunet	Journal du droit international, įkurtas *Cluneto*
Cmd., Cmnd.	Command Paper (Paper represented by Command of Her Majesty)
Cod. Iur. Can.	Codex Iuris Canonici
Col. L. Rev.	Columbia Law Review
Com.	Cour de Cassation, Chambre commerciale et financiere
Common Market L. Rev.	Common Market Law Review
Comp. Int. L. J. S. Afr.	Comparative and International Law Journal of South Africa
Comp. L. Yb.	Comparative Law Yearbook (nuo 1977)
Cornell. L. Rev.	Cornell Law Review
Crim.	Cour de Cassation, Chambre criminelle
Current Leg. Probl.	Current Legal Problems (nuo 1948)
D.	Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de legislation (1945–1964); Recueil Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de legislation (nuo 1965)
D.A.	Dalloz, Recueil analytique de jurisprudence et de legislation (1941–1944)
D.C.	Dalloz, Recueil critique de jurisprudence et le legislation (1941–1944)
D.H.	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence (1924–1940)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (1896–1936) Vokietijos teisininkų laikraštis
D.L.R. 2d	Dominion Law Reports, Second Series (Kanada)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift Vokietijos notarų žurnalas
D.P.	Dalloz, Recueil periodique et critique de jurisprudence, de legislation et de doctrine (1825–1940)
D.P.C.I.	Droit et practique du commerce international (nuo 1975)
DR	Deutsches Recht Vokietijos teisė
Duke L.J.	Duke Law Journal
EAG	Einheitliches Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen Vieningas tarptautinių pirkimo ir pardavimo sutarčių dėl kilnojamo turto

	įstatymas
ECE	Economic Commission for Europe
EKG	Einheitliches Gesetz über den Kauf beweglicher Sachen Vieningas įstatymas dėl kilnojamo turto pirkimo
Eng. Rep.	English Reports (1307–1865)
Eur. Rev. P. L.	European Review of Private Law
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Sutartis dėl Europos Bendrijos įsteigimo
Ex. D.	Law Reports, Exchequer Division (1975–1988)
F. (2d)	Federal Reporter (Second Series)
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (nuo 1954), Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (nuo 1962) Santuoka ir šeima privatinėje ir viešojoje teisėje, žurnalas visai šeimos teisei
FGO	Finanzgerichtsordnung Mokesčių procesinis kodeksas
fob	free on board
Foro it.	Il Foro Italiano
F.S.R.	Fleet Street Reports
F. Supp.	Federal Supplement
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review (nuo 1932)
GG	Grundgesetz Konstitucija
Giust. civ.	Giustizia civile
GIU (NF)	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des (Österreichischen) Obersten Gerichtshofs, begründet von Glaser und Ungerer (Neue Folge, ab 1900) (Austrijos) Aukščiausiojo Teismo sprendimų civilinėse bylose rinkinys; motyvuota *Glaserio* ir *Ungererio* (naujas numeris, nuo 1900)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz Teismų įstatymas
Harv. L. Rew.	Harvard Law Review
Harv. Int. L. J.	Harvard International Law Journal
Hastings Int. Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
HBG	Handelsgesetzbuch Komercinis kodeksas
H. R.	Hoge Raad
Ind. L. J.	Indiana Law Journal (nuo 1925)
Incoterms	International Commercial Terms
Int. Comp. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly

Int. Enc. Comp. L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int-Am. L. Rev.	Inter-American Law Review
J. Afr. L.	Journal of African Law
JBl	Juristische Blätter Teisiniai biuleteniai
J. Bus. L.	Journal of Business Law
J. Common Market Stud.	Journal of Common Market Studies
J. Comp. Leg.	Journal of Comparative Legislation and International Law
J. C. P.	Juris-Classeur periodique, La Semaine juridique
JhJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Jheringo metinės knygos civilinės teisės dogmatikai
J. Int. Jur. Komm.	Journal der Internationalen Juristenkommission (1957–1968) Tarptautinės teisininkų komisijos žurnalas
J. L. & Ecom.	Journal of Law and Economic (nuo 1958)
J. L. & Soc.	Journal of Law and Society
J. Leg. Hist.	Journal of Legal History
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies (nuo 1972)
JR	Juristische Rundschau Teisinė apžvalga
J. Soc. Comp. Leg.	Journees de la Societe de legislation comparee (1979 ir kt.)
J. Soc. P. T. L.	Journal of the Society of Public Teachers of Law (1924–1938, 1947 ir kt.)
J. T.	Journal des tribunaux (nuo 1881)
Jur. Rev.	Juridicial Review (nuo 1889)
JurJb.	Juristen- Jahrbuch Teisininkų metinė knyga
JuS	Juristische Schulung Teisininkų mokymas
JW	Juristische Wochenschrift Teisininkų savaitinis žurnalas
JZ	Juristenzeitung Teisininkų laikraštis
K. B.	Law Reports, King's Bench (1901–1952)
KO	Konkkursordnung Bankroto įstatymas
La. L. Rev.	Lousiana Law Review
L. and Soc. Rev.	Law and Society Review
L. Contemp. Probl.	Law and Contemporary Problems
Leg. Stud.	Legal Studies
L. J. Ch.	Law Journal Reports, Chancery (1831–1949)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. von *Lindenmeier*, *Möhring* u.a. Vokietijos Aukščiausiojo Teismo žinynas, išleistas *Lindenmeierio*, *Möhrin-*

	go ir kt.
L. Q. Rev.	The Law Quarterly Review
L. R. Ch. App.	Law Reports, Chancery Appeals Cases (1865–1875)
L. R. C. P.	Law Reports, Common Pleass Cases (1865–1875)
L. R. Ex.	Law Reports, Exchequer Cases (1865–1875)
L. R. H. L.	Law Reports, English and Irish Appeals (1866–1875)
L. R. P. C.	La Reports, Privy Council Appeals (1865–1875)
L. R. Q. B.	Law Reports, Queen's Bench (1865–1875)
L. T.	Law Times Reports (1859–1947)
LuftVG	Luftverkehrgesetz Oro transporto įstatymas
LZ	Leipziger Zeitschrift Leipcigo žurnalas
Mass.	Massimario
McGill L. J.	McGill Law Journal (nuo 1952)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht Vokietijos teisės mėnesinis žurnalas
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1896) Motyvai dėl Civilinio kodekso projekto Vokietijos reichui
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
N. E. (2d)	North Eastern Reporter (Second Series)
Ned. Jur.	Nederlands Jurisprudentie
New Zealand Univ. L. Rev.	New Zealand Universities Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift Naujas teisinis savaitraštis
N. W. (2d)	North Western Reporter (Second Series)
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.	Reports of Cases Decided in the Court of Appeals of the State of New York (1877–1921)
N. Y. S. (2d)	New York Supplement (Second Series)
N.Y. L. Forum	New York Law Forum
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
ObTr.	Entscheidungen des Preussischen Obertribunals Prūsijos Aukščiausiojo Tribunolo sprendimai
OER	Osteuropa – Recht (nuo 1955) Rytų Europa, teisė
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)

	(Austrijos) Aukščiausiasis Teismas
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen Austrijos Aukščiausiojo Teismo sprendimai civilinėse bylose, taikomi britų zonai
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung Austrijos teisininkų laikraštis
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen Aukštesniųjų Žemės teismų sprendimai civilinėse bylose
OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht (Šveicarijos) prievolių kodeksas
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
P.	Law Reports, Probate Division (nuo 1891)
P. (2d)	Pacific Reporter (Second Series)
Prot.	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB Komisijos protokolai antrajam Vokietijos civilinio kodekso projekto svarstymui
Q. B.	Law Reports, Queen's Bench (1891–1900, nuo 1952)
Q. B. D.	Law Reports, Queen's Bench Division (1875–1890)
Qd. R.	Queen's Reports (nuo 1958)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht Užsienio ir tarptautinės privatinės teisės žurnalas
Rec. des Cours	Recueil des Cours (nuo 1923)
Req.	Cour de Cassation, Chambre de requetes
Rev. Contemp. L.	review of Contemporary Law
Rev. dr. int. et. Dr.	Revue de droit international et de droit compare (1908–1914, 1922–1939, 1979 ir kt.)
Rev. Hell. dr. int.	Revue hellenique de droit international (nuo 1948)
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit compare
Rev. jur. Univ. Puerto Rico	Revista juridica de la Universidad de Puerto Rico (nuo 1932)
Rev. trim. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RGZ	Entscheidungen des Reichtsgerichts in Zivilsachen Imperijos Teismo sprendimai civilinėse bylose
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslandes Reino žurnalas šalies ir užsienio civilinei ir procesinei teisei
Riv. Dir. Com.	Rivista del Diritto Commerciale et del Diritto Generale delle Obbligazioni
Riv. It. Sci. Giur.	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (1954/55–1957, 1975 I kt.) Tarptautinė ūkinė teisė
ROHG	Entscheidungen des Reichoberhandelsgerichts Imperijos aukštesniojo komercinio teismo sprendimai
ROW	Recht in Ost und West

	Rytų ir Vakarų teisė
RVO	Reichsversicherungsordnung Imperijos draudimo taisyklės
s.	section
S.	Recueil Sirey (1971–1954, 1957–1964)
S. Afr. L. J.	South African Law Journal
SavZ/Germ.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung (nuo 1880) Savigny įkurtas žurnalas, skirtas teisės istorijai; germanų padalinys
SavZ/Rom.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanische Abteilung Savigny įkurtas žurnalas, skirtas teisės istorijai; romanų padalinys
Scan. Stud. L.	Scandinavian Studies in Law
SchwzBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht Notariniai veiksmai ir nekilnojamo turto registras, Šveicarijos žurnalas
S. C. R.	Supreme Cour Reoprts (Kanada)
S.E. (2d)	South Eastern Reporter (Second Series)
SeuffA	Seuffert's Archiv
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung Šveicarijos teisininkų laikraštis
S. L. T.	Scots Law Times
So.	Southern Reporter
Soc.	Cour de Cassation, Chamber sociale
So.	Sommaire
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch Baudžiamasis kodeksas
StVG	Strassenverkehrsgesetz Kelių eismo įstatymas
Süddt. JZ	Süddeutsche Juristenzeitung Pietų Vokietijos teisininkų laikraštis
S. W. (2d)	South Western Reporter (Second Series)
Sydney L. Rev.	Sydney Law Review
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil – und Justizverwaltungssachen Austrijos Aukščiausiojo Teismo sprendimai civilinėse ir administracinėse bylose
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
T. L. R.	Times Law Reports
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib. com.	Tribunal de commerce
Trib. gr. Inst.	Tribunal de grande instance
Trib. paix	Tribunal de paix
Tul. L. Tev.	Tulane Law Review
U. B. C. L. Rev.	University of British Columbia Law Review

U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCC	Uniform Commercial Code
U. Ill. L. Forum	University of Illinois Law Forum (nuo 1949)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. S.	United States Supreme Court Reports
U. Tor. L. J.	University of Toronto Law Journal
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Įstatymas dėl nesąžiningos konkurencijos draudimo
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Verh. DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages Vokietijos teisininkų dienų svarstymas
VersR	Versicherungsrecht draudimo taisyklės
V. L. R.	Victoria Law Reports (1875–1956)
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung Kelių eismo taisyklių rinkinys
VVG	Versicherungsvetragsgesetz Draudimo sutarties įstatymas
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review (nuo 1920)
W. L. R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil. IV Vertybiniai popieriai, pranešimai, IV dalis
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (1929–1944; 1950 ir kt.) Užsienio viešosios ir tarptautinės teisės žurnalas
ZBernJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Berno teisininkų sąjungos žurnalas
ZBl.	(Österreichisches) Zentralblatt für die juristische Praxis (Austrijos) pagrindinis teisinės praktikos laikraštis
ZeuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht Europos privatinės teisės žurnalas
ZfRV	(öst.) Zeitschrift für Rechtsvergleichung (nuo 1960) (Austrijos) lyginamosios teisės žurnalas
ZGB	(Schweizerisches) Zivilgesetzbuch (Šveicarijos) civilinis kodeksas
ZgesHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (1858–1944, 1948 ir kt.)

	Komercinės teisės ir ūkinės teisės žurnalas
ZgesSTW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft bendrojo valstybės mokso žurnalas
ZPO	Zivilprozessordnung Civilinio proceso kodeksas
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht Šveicarijos teisės žurnalas
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft bendrojo baudžiamosios teisės mokslo žurnalas
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (1878–1945, 1953 ir kt.) Lyginamosios teisės žurnalas
ZVR	(Österreichische) Zeitschrift für Verkehrsrecht (Austrijos) kelių eismo taisyklių žurnalas
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess Civilinio proceso žurnalas

SANTRUMPOS

Austrijos CK	Austrijos civilinis kodeksas
Ispanijos CK	Ispanijos civilinis kodeksas
Italijos CK	Italijos civilinis kodeksas
Graikijos CK	Graikijos civilinis kodeksas
Olandijos CK	Olandijos civilinis kodeksas
Prancūzijos CPK	Prancūzijos civilinio proceso kodeksas
Prancūzijos CK	Prancūzijos civilinis kodeksas
Šveicarijos CK	Šveicarijos civilinis kodeksas
Šveicarijos PK	Šveicarijos prievolių kodeksas
Vokietijos CK	Vokietijos civilinis kodeksas

A. *GENERALIA*

1. LYGINAMOSIOS TEISĖS SĄVOKA

Adam, Ethnologische Rechstforschung, atspausdinta: Adam/Trimborn, Lehrbuch der Völkerkunde (1958) 189; *Banakas*, Some Thoughts on the Method of Comparative Law: The Concept of Law Revisited, Rev. Hell. dr. int. 33 (1980) 155; *v. Benda-Beckmann*, Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, ZvglRWiss 78 (1979) 51; *to paties autoriaus*, Ethnologie und Rechtsvergleichung, ARSP 67 (1981), 310; *Carbonnier*, L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, atspausdinta: Livre du centenaire de la Société de législation comparée I (1969) 75; *Coing*, Die Bedeutung der europäischen Rechstgeschichte für die Rechtsvergleichung, RabelsZ 32 (1968) 1; *De Cruz*, A Modern Approach to Comparative Law (1993), *Drobnig*, Methods of Sociological Research in Comparative Law, RabelsZ 35 (1971) 496; *Drobnig/Rehbinder* (Leidėjas), Rechtssoziologie und Rechstvergleichung (1977); *Genzmer*, Zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, ARSP 41 (1954/55) 326; *to paties autoriaus*, A Civil Lawyer's Critical Views on Comparative Legal History, Am.J.Comp.L.15 (1966/67) 87; *Hailbronner*, Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechstvergleichung, ZaöRV 36 (1976) 190; *Lambert*, Conception générale et définition de la science du droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents, Congrès international de droit comparé I (1905) 26, atspausdinta: Zweigert/Puttfarken (leidėjas), Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtssoziologie, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1 (1980) 65; Pospisil, The Ethnologie of Law (1978); *Pound*, Some Thoughts About Comparative Law, atspausdinta: Festschrift für Ernst Rabel I (1954) 7; *to paties autoriaus*, Comparative Law in Space and Time, Am.J.Comp.L. 4 (1955) 70; *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1925), atspausdinta: Rabel, Gesammelte Aufsätze III (Leidėjas: Leser, 1967) 1; *Rheinstein*, Legal Systems: Comparative Law and Legal Systems, atspausdinta: International Encyclopedia of the Social Sciences IX (leidėjas: Sills, 1968) 204; *to paties autoriaus*, Einführung in die Rechtsvergleichung (1987); *Sacco*, Introduzione al diritto comparato (1992); *Schwarz-Liebermann v. Wahlendorf*, Droit comparé, Théorie générale et principes (1978); *Stone*, The End to Be Served by Comparative Law, Tul.L.Rev.25 (1951) 325; *Tallon*, Comparative Law: Expanding Horizons, J.Soc.P.T.L. 10 (1968/69) 265; *Wenger*, Rechtsgeschichte und Rechstvergleichung, veikale: Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé III (1953) 149; *Yntema*, Roman Law as the Basis of Comparative Law, veikale: Law – A Century of Progress 1835-1935 II (1937) 346; *Zweigert*, Die soziologische Dimension in der Rechtsvergleichung, RabelsZ 38 (1974) 299; *Zweigert/Puttfarken* (leidėjas), Rechtsvergleichung (1978).

I.

Kokia lyginamosios teisės esmė, jos funkcijos ir tikslai? Pirmiausia apsiribosime žodžių junginio „lyginamoji teisė" prasmės aiškinimu. Šie žodžiai reiškia, jog kalbama apie intelektinę veiklą, kurios objektas, viena, yra teisė, o turinys, antra, yra lyginimas. Nebūtų galima

įžvelgti, ką gi ypatingo turi atlikti lyginamoji teisė, jei šia prasme būtų suprastas įvairių tos pačios nacionalinės teisės sistemos, kaip, pavyzdžiui, Vokietijos civilinio kodekso nuostatų, lyginimas. Sugretinti savos teisės sistemos normas, pagal jų teisinę galią nustatyti jų tarpusavio santykį ir parengti konkretų sprendimą arba teorines išvadas yra kiekvieno su nacionaline teise dirbančio teisininko kasdienė veikla. Kadangi toks teisės lyginimas sudaro kiekvieno nacionalinio teisės taikymo akto esmę, lyginamosios teisės supratimas turėtų būti platesnis. Tai daugiau nei nacionalinė disciplina. Lyginamoji teisė turi būti suprasta kaip įvairių teisės sistemų lyginimas.

Kas sudaro lyginamosios teisės esmę ir koks yra jos uždavinys, – to žinojimo ištakos yra Paryžiuje. 1900 metais Paryžiuje vyko didžioji pasaulinė paroda, ir dviems prancūzų mokslininkams – Edouardui Lambertui ir Raymondui Saleilles – kilo idėja šalia gausių kongresų, numatytų šios nuostabios žmogiškųjų gebėjimų prezentacijos proga, surengti tarptautinį lyginamosios teisės kongresą. Šis kongresas įvyko, ir mokslui, švelniau tariant, lyginamosios teisės metodui, suteikė gerų impulsų, kurie šioje palyginti jaunoje teisės šakoje padėjo atsirasti daugybei tyrimo rezultatų.

Kongreso dvasia atitiko laiko dvasią. Blizgesys, gerovė ir visokeriopa pažanga suteikė pasauliui, kartu ir mokslui, neklystamą tikėjimą pažanga. Žmogus buvo garantuotas dėl savo egzistencijos, įsitikinęs jos prasme ir sėkme. Jis siekė išsiveržti iš siauro nacionalinio akiračio, jis troško taikiai užvaldyti pasaulio išorės ir vidaus tvarką. Taigi nė kiek nekeista, jog teisės mokslas taip pat buvo apimtas šio svaigulio ir nebenorėjo pasitenkinti vien nacionalinės teisės interpretacija ar plėtra. Šiuo jausmu buvo persmelkti kongreso referatai, o kongresą užvaldžiusi idėja buvo stulbinanti savo tikėjimu pažanga. Tai, ką sumanė Lambertas ir Saleilles, yra *droit commun de l'humanité,* pasaulinės teisės plėtra. Ši pasaulinė teisė galiosianti ne šiandien ir galbūt ne rytoj, bet mes turėtume to siekti lyginamąja teise. Pagal Lamberto (ten pat ir kt.) formulavimą lyginamoji teisė pamažu turėtų panaikinti tuos atsitiktinius įstatymų leidybos skirtumus, kurie skiria vienos civilizacijos ir tos pačios ekonominės formacijos tautas. Ji turi sumažinti tuos teisinio reguliavimo skirtumus, kurių nesukūrė tautos politinė, moralinė arba socialinė individualybė, tačiau jie yra istoriškai atsitiktinai susiformavę arba egzistuoja dėl efemeriškų ar kitokių priežasčių.

Nuo to laiko su lyginamąja teise nenutrūkstamai dirbama, nors egzistencinis žmonių suvokimas labai pakito. Dingo šimtmečių sandūroje gyvavęs tikėjimas pažanga. Didieji karai galbūt nevisiškai sugriovė, bet tikrai susilpnino tikėjimą universalia žmonijos teise. Nepaisant šio skeptiško požiūrio į pasaulį, lyginamoji teisė buvo plėtojama ir nuolatos praturtinama: geriau suvokta jos esmė, patobulinti metodai ir kukliau apibrėžti jos tikslai. Tačiau įsitikinimas, jog ji būtina ir naudinga, nepakito. Mokslas mažiau pažeidžiamas pesimizmo nei kitos gyvenimo sritys. Kartu jis yra atsparesnis krizėms, nes sprendžia ne esamojo momento, ne dabarties problemas. Jo tikslas – ištirti tiesą. Pirmiausia lyginamosios teisės tyrimas yra nepriklausomas nuo tikslų. Jeigu norėtume apsvarstyti argumentus *už*, turėtume klausti, kodėl lyginamosios teisės praktinė nauda šiandien turėtų būti menkesnė nei anksčiau, jeigu nuo 1900 metų žemiškasis pasaulis dėl techninės pažangos tampa vis mažesnis, o nacionalinio tobulumo poreikis nyksta, jei apie jį apskritai dar galima kalbėti be nusivylimo. Be to, lyginamoji teisė – tai yra diskusijos apie teisės problemas. Ji reiškia laipsnišką požiūrių suartėjimą, atsisakymą fatališkai save pervertinti, lankstesnį požiūrį į nusistovėjusias dogmas ir susipažinimą su teisės institutų morfologija, paralelinės plėtros procesais, kurie galbūt rutuliojasi pagal tam tikrus dėsnius. Ji

reiškia svarbiausių bendrybių, o ne pavienių skirtumų matymą ir tikėjimo vieninga teisingumo idėja paaštrėjimą.

Nepaisant visko, akademiniame mokyme lyginamajai teisei suteikta vieta tebėra gana kukli (plg. IV 2 str.). 1900 metais Lambertas (p. 53) savo referate išplėtojo pretenzingas idėjas, kurios nors ir yra daug realistiškesnės nei svajonė apie *droit commun de l'humanité*, tačiau iki šios dienos nėra įgyvendintos nė vienoje pasaulio valstybėje. Jis, pagrindinis lyginamosios teisės žinovas, manė, jog akademiniame mokyme būtent lyginamajai privatinei teisei turėtų būti suteikta prioritetinė vieta. Tuo visuomenė yra ypač suinteresuota, nes bendrųjų teisės principų išaiškinimas palengvinsiąs tarptautinę prekybą ir padėsiąs gerinti bendrojo gyvenimo standartą. Teisininkas mokys matyti tai, kas dedasi už sienų, ir taip skatins tarptautinius mainus. Todėl jis jau universitete turįs būti supažindintas su *droit commun legislatif*, su *droit comparé*. Taip bus atnaujintas ir geresnis nacionalinės teisės klausimų suvokimas, kuris vis labiau apsiriboja pozityvios teisės interpretavimu, o svarbiausi jos bruožai yra praleidžiami dogmatinių schemų naudai.

Iš tiesų galima abejoti, ar vien tik galiojančių įstatymų interpretavimas įprastiniais jurisprudencijos metodais tiek humanitariniuose, tiek socialiniuose moksluose gali pretenduoti vadintis mokslu. Apie mokslą jurisprudencijoje pirmiausia galima kalbėti ten, kur mokslas pakyla aukščiau nacionalinės pozityviosios teisės normų, kaip tai labiausiai pasireiškia teisės filosofijoje, teisės istorijoje, teisės sociologijoje ir svarbiausia – lyginamojoje teisėje.

Priešingai pasakytam aukščiau, būtent lyginamoji teisė gali vaizdžiai parodyti atskirų teisės normų socialines prielaidas ir taip palengvinti ekonomikos mokslų supratimą, o per istorinius palyginimus – padėti suprasti teisės istoriją. Šiuolaikinį studentą dažnai atbaido teksto kontroversijos, žodžių žaismas ir loginės operacijos, kai nematoma gyvenimo problemų, slypinčių už šių daugiau techninio pobūdžio jurisprudencijos pusių. Iš to Lambertas suformulavo reikalavimą, kad akademiniame mokyme lyginamajai teisei būtų suteikta lygiai tokia pat svarbi vieta kaip ir nacionalinei teisei: lyginamajai teisei jis reikalavo trijų semestrų po keturias valandas per savaitę. Visa tai šiandien yra lygiai taip pat svarbu kaip ir 1900 metais. Nuo tų laikų praėję beveik 100 metų daugeliui šalių atnešė tik dalines permainas. Teisės dėstymui būtinos radikalios išvados kol kas nėra įgyvendintos.

II.

Lyginamosios teisės objektas yra įvairios nacionalinės teisės sistemos, todėl šis lyginimas gali būti atliekamas fundamentaliai: lyginant įvairių teisės sistemų dvasią ir stilių bei juose taikomus mąstymą ir veiklos būdus.

Šiuo atveju kalbama apie *makrokomparatyvistiką* ir laikoma, kad lyginamojo tyrimo objektas yra ne konkrečios pavienės problemos ar jų sprendimai, o bendri darbo su teisine medžiaga metodai, ginčų reguliavimo procesai ir pats ginčų sprendimas arba su teise dirbančio teisininko darbo profilis. Pavyzdžiui, galima lyginti įstatymų leidybos techniką, kodifikavimo stilius ir įstatymų aiškinimo metodus, prejudicijų galiojimą, doktrinos reikšmę teisės raidai, įvairias teismo sprendimų metodikas. Dėmesį galima sutelkti į tuos tyrimus, kurie palygina įvairiose teisės sistemose naudojamas konfliktų sprendimo formas ir kelia klausimą, ar jie la-

bai svarbūs realybėje. Pirmiausia tai taikoma teismų procesui: čia galima klausti, kaip įvairiose šalyse tarp advokato ir teisėjo yra paskirstoma faktų nustatymo ir teisės taikymo uždotis, koks yra tarėjų vaidmuo civiliniame ir baudžiamajame procese, kaip reguliuojamas teisminis mažareikšmių bylų nagrinėjimas. Čia priklauso ir įvairiose šalyse praktikuojamos ginčų reguliavimo formos – dalyvaujant valstybės teisėjui arba privačiam asmeniui. Pažangus lyginamosios teisės darbinis metodas – tirti tam tikrus teisiniame gyvenime veikiančių *asmenų* uždavinius ir funkcijas. Čia pirmiausia turimi omenyje teisėjai ir advokatai arba, tiksliau, tie asmenys, kurie, kad ir kaip jie būtų pavadinti, tam tikroje teisės sistemoje vykdo teisėjo arba konsultacines funkcijas, taip pat ir įstatymų rengimu užsiimantys teisininkai ministerijose bei parlamentuose, notarai, ekspertai teismuose, draudimo bendrovių žalos įvertinimo specialistai arba – *last not least* – teisės dėstytojai universitetuose yra asmenys, kurių uždavinius ir padėtį teisiniame gyvenime sėkmingai galima tyrinėti.

Priešingai, mikrokomparatyvistikos objektas yra atskiri teisės institutai arba pavienės teisės problemos, t.y. taisyklės, kuriomis vadovaujantis įvairiose teisės sistemose sprendžiamos tam tikros objektyvios problemos ar tam tikri objektyvūs interesų konfliktai. Kokiomis aplinkybėmis prekės gamintojas atsako už žalą, patiriamą vartotojo dėl nekokybiškos prekės? Pagal kokias taisykles nustatoma žala įvykus kelių eismo nelaimėms? Kokie kriterijai yra esminiai priimant sprendimą, su kuriuo iš tėvų liks vaikas nutraukus santuoką? Kokių teisių turi nesantuokinis vaikas, jei jo nepaminėjo tėvas arba motina testamente? Tokių pavyzdžių sąrašą galima būtų tęsti be galo.

Žinoma, makro- ir mikrokomparatyvistikos ribos nėra griežtos. Viena lyginamojo darbo forma paprastai neįsivaizduojama be kitos. Kad kurioje nors užsienio teisės sistemoje tam tikra problema sprendžiama taip, o ne kitaip, paprastai suvokiama tik tada, kai galvoje turimi ir *būdai*, kuriais praktikoje turi būti įgyvendinamos bendrosios normos.

Pavyzdžiui, jei kas nors norėtų aprašyti normas, kuriomis remiantis žalą patyrusiam pacientui yra nustatoma teisė į žalos atlyginimą dėl gydytojo profesinės klaidos. Išsamus ir adekvatus vaizdas bus pateikiamas tik tada, jei šis asmuo ištirs ir atsakys į klausimą, kaip teisminėje praktikoje yra įrodinėjama gydytojo kaltė: ar ekspertą skiria teismas, ar, kaip tai yra bendrosios teisės šalyse, šalys pačios pasirenka ekspertus ir paveda jiems pateikti savo nuomonę vienas prieš kitą teismo salėje. Aprašinėjantysis Jungtinių Valstijų teisės nuostatas dėl griežtos gamintojo atsakomybės neturi apsiriboti tik išvardijimu prielaidų, kurioms esant nukentėjusiajam pagal materialinę teisę priklauso teisė į žalos atlyginimą. Jis turi parodyti ir tai, jog civilinis procesas, kurio metu yra priimamas sprendimas dėl tokios teisės, vyksta kaip teisminis nagrinėjimas dalyvaujant prisiekusiesiems, ir kokia tokiame procese yra teisėjo, advokato ir prisiekusiųjų funkcija, ir kokios pasekmės iš to atsiranda materialinei teisei. Dar turėtų būti nurodoma ir tai, kad tokiame žalos atlyginimo procese advokatas paprastai išsidera honorarą 30–50 procentų priteistos sumos ir kad esant tokioms aplinkybėms prisiekusieji atsižvelgia į žalos apskaičiavimą. Taigi tyrimą reikia dar labiau išplėsti. Negalima pamiršti, jog atsakomybės teisė yra tik viena iš galimybių, kurių dėka pagerėja produktų patikimumas ir sumažėja žala žmonėms. Prie to gali prisidėti ir administracinė bei baudžiamoji teisė, o jeigu atsakomybės už nekokybiškais produktais padarytą žalą teisei Jungtinėse Valstijose tenka kitokia ir didesnė praktinė reikšmė nei Europoje, tai galbūt priklauso nuo to, jog administracinės kontrolės ir baudžiamosios teisės sankcijų veiksmingumas arba jų kaštai yra sprendžiami kitaip nei kitur. Šių pavyzdžių turėtų pakakti. Jie parodo, kad daž-

nai „mikrokomparatyvistika" gali būti atliekama prasmingai tik tada, jeigu atsižvelgiama į bendruosius užsienio teisės sistemos institucijų aspektus, kuriuose išplėtotas ir praktiškai taikomas lygintinas teisinis reguliavimas.

III.

Kad geriau suvoktume lyginamosios teisės sąvoką ir esmę, pritaikome tokį metodą: ją atskiriame nuo kitų teisės mokslo šakų, t.y. parodome, kas *nėra* lyginamoji teisė.

Lyginamoji teisė neišvengiamai susiduria su užsienio teise, todėl ją reikia atriboti nuo kitų teisės mokslo šakų, kurios išsamiai arba tik prabėgomis nagrinėja užsienio teisės sistemas. Šiame kontekste dažnai pabrėžiama, jog užsienio teisės studijos tai dar ne lyginamoji teisė. Pavyzdžiui, Tautų Sąjungos išleistoje knygoje apie moters statusą pasaulyje (1937) apie šalių teisę referuojama šių šalių pranešimuose, todėl šiuo atveju daugių daugiausia galima kalbėti apie aprašomąją lyginamąją teisę. Apie tikrąją lyginamąją teisę galima kalbėti tik tada, kai, nagrinėjant konkretaus darbo problemą, pateikiami lyginamieji samprotavimai. Iš patirties žinoma, jog geriausia forma yra tokia, kai autorius pranešimuose pirmiausia pateikia užsienio šalių išdėstytą esminę medžiagą ir juose atlieka gilesnį lyginimą, kaip šio tyrimo rezultatą pateikdamas kritinius bei teisinės politikos samprotavimus ir nacionalinės teisės interpretacijos išvadas.

Lyginamąją teisę stengiantis atriboti nuo gretutinių teisės mokslo šakų, kurių objektas yra užsienio teisė, ją reikia atriboti nuo tarptautinės privatinės ir tarptautinės teisės, teisės istorijos bei etnologijos ir galiausiai – nuo teisės sociologijos.

1. *Lyginamoji teisė ir tarptautinė privatinė teisė.* Be tolesnio įrodinėjimo aišku, jog abi šakos iš esmės skiriasi, tačiau viena kitai yra reikalingos. Tarptautinė privatinė, arba kolizinė, teisė yra galiojančios nacionalinės teisės šaka, o lyginamoji teisė nuo pat pradžių pristatoma kaip *pure science* (teorinis mokslas). Kaip yra žinoma, tarptautinė privatinė teisė atsako į klausimą, kurią teisės sistemos normą reikia rinktis iš daugelio ir taikyti konkrečioje byloje, jeigu ši byla yra susijusi su užsieniu. Taigi ji yra teisė, sprendžianti kompetencijos klausimus, t. y. nukreipta į konkrečios nacionalinės teisės sistemos normų taikymą. Būtų galima sakyti, jog tarptautinė privatinė teisė savo prigimtimi labiau skirta selekcijai nei lyginimui. Priešingai, lyginamoji teisė sugretina daugelį teisės sistemų, nors nuo pradžių neišsikelia konkretaus tikslo atlikti lyginimą.

Tarptautinei privatinei teisei lyginamoji teisė yra labai naudinga, o plečiantis tarptautinei teisinei apyvartai, ji yra tokia nepakeičiama, jog tarptautinės privatinės teisės metodas šiandien yra įmanomas tik kaip lyginamasis teisės metodas.

Tai akivaizdžiausiai matoma žymiojoje *kvalifikacijos doktrinoje*, taigi klausiame: „Kaip sąvokos interpretuojamos nacionalinėse kolizinėse normose?" (pvz., dėl santuokos, sutarties, delikto). Ar (klausimas yra keliamas taip) šios sąvokos turėtų būti suprastos tos nacionalinės materialinės teisės prasme, kuriai jos priklauso? Taip į šį klausimą norėtų atsakyti kvalifikacijos pagal *lex fori* doktrina. O gal šios sąvokos turėtų būti suprantamos kaip autonominės, lyginamosios apžvalgos pagrindu, kaip to norėtų Ernsto Rabelio išplėtota kvalifikacijos doktrina? (plg. *Rabel*, Das Problem der Qualifikation, RabelsZ 5 [1932] 241). Toliau lyginamosios teisės reikia esant kolizinio nukreipimo atvejui – *taikant užsienio teisę*. Jeigu testamente, kuriam turi būti taikoma anglų teisė, našlė

skiriama kaip *life tenant* (teisėta svetimo nekilnojamojo turto naudotoja iki gyvos galvos) arba tretysis asmuo, kaip *trustee* (patikėtinis), šios sąvokos turi būti įtrauktos į tą teisinių terminų pasaulį, kuris gyvuoja toje teisės sistemoje, pagal kurią tvarkomas palikimas. Tokiu prasminiu sąvokų turinio „vertimu" gali būti naudojamasi tik anglų teisės institutus lyginant su panašiausiais Testamento vykdytojais. Pagal Anglijos teisę palikimas „įpėdiniams" pereina ne tiesiogiai, o pirmiau palikimo valdytojui, kuris turi valdyti palikimą ir tik patenkinus teisėtas kreditorių pretenzijas jį padalyti įpėdiniams. Formuluojant paveldėjimo teisės liudijimą Vokietijoje, atsiranda formulavimo sunkumų, kuriuos reikia spręsti remiantis intensyvia lyginamąja teise. „Jei, pavyzdžiui, žmogus miršta, palikęs žmoną ir daugelį pilnamečių vaikų, bet neparašęs testamento, tai paveldėjimo teisės liudijime reikėtų nurodyti, jog pagal Anglijos teisę kilnojamasis turtas pirmiausia pereina į patikimas paveldėjimo klausimais kompetentingo Anglijos teismo paskirto administratoriaus rankas, o šis, patenkinęs kreditorių pretenzijas, iš likusios grynojo palikimo dalies turi patenkinti likusio sutuoktinio 5000 svarų sterlingų reikalavimą asmeniniam gyvenimui, o iš likusios palikimo dalies pusė lygiomis dalimis priklauso vaikams, tačiau likusioji pusė, kol sutuoktinis gyvas, bus valdoma jo vardu ir jo interesais, o po jo mirties – lygiomis dalimis priklausys vaikams (plg. turiningą Gottheinerio veikalą *Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland*, RabelsZ 21 [1956] 33 ir kt., 71). Be lyginamosios teisės negalima teisingai vartoti ir kolizinio-teisinio *ordre public* termino: pagal savo šalies tarptautinę privatinę teisę taikytiną užsienio materialinės teisės normą lyginti su nacionalinės teisės analogu reikia, kol nustatoma, ar ji yra tokia nepriimtina, jog prieštarauja nacionalinės teisės *ordre public*. Mokyme apie atgalinį nukreipimą *(renvoi)* klausimas, ar užsieninės grįžtamosios normos, grąžinančios atgal į savo šalies teisę, priėmimas ar atmetimas veda prie priimamų sprendimų darnos kaip tikrojo kolizinės teisės tikslo, gali būti atsakytas tik pritaikius lyginamąjį metodą. Pirmiausia Ernstas Rabelis savo lyginamąja teise persmelktame veikale apie *Conflict of Laws* (plg. ypač I tomą [1958] 3, 103 ir kt.) galutinai išaiškino, jog ankstesnis kolizinių ir teisinių klausimų nagrinėjimas, remiantis nacionaliniais interpretacijos standartais, šioje tarptautinės apyvartos reguliavimui skirtoje teisės šakoje ypač prieštarauja sveikam protui.

2. *Tarptautinė teisė* iš pirmo žvilgsnio mažai ką bendro turi su lyginamąja teise, nes šiaip jau ji iš tiesų yra viršnacionalinė universali teisė. Vis dėlto „civilizuotų tautų pripažintų bendrųjų teisės principų", įtvirtintų Tarptautinio Teismo statuto 38 str. 1 d. c punkte, neįmanoma išaiškinti be lyginamosios teisės. Kas slypi už šio pasakymo? Ar tai yra teisės principai, kurie yra pripažįstami visų tautų (tai būtų tik labai mažas skaičius – daugiausia savaime suprantamų – trivialių teiginių), ar teisės principai, pripažįstami daugumos tautų. Šių „bendrųjų teisės principų" atpažinimo problemą šiandien dar apsunkina vertybiniai skirtumai, kurie išsivysčiusias šalis skiria nuo besivystančiųjų. Lyginamojo teisės tyrimo tikslas yra surasti „geresnį sprendimą", todėl 38 straipsnio „bendrasis teisės principas" gali būti suprastas taip: konkrečios problemos sprendimas pripažintinas geresniu protingai įvertinus lyginamąją medžiagą. Toks „bendrųjų teisės principų" supratimas padėtų išvengti šios plataus turinio sąvokos aiškinimo tik vadinamojo minimalaus standarto prasme, t. y. tik keletu visuotinai pripažintų normų, ir pasiekti, jog pažangūs sprendimai būtų pripažinti bendraisiais teisės principais.

Be kita ko, tarptautinėje teisėje ir lyginamosios teisės metodai gali būti panaudoti tiek tarptautinėms sutartims interpretuoti, tiek ir padėti teisingai suvokti tarptautinės paprotinės teisės sąvokas bei institutus. Tokių tarptautinių teisės normų, kaip *pacta sunt servanda, clausula*

rebus sic stantibus ir mokymo apie *abus de droit* šaknys slypi nacionaliniuose privatinės teisės institutuose ir todėl tik lyginamosios teisės fenomenologijos dėka jų potencialas veiksmingai gali būti panaudotas tarptautinėje teisėje.

3. *Lyginamoji teisė, teisės istorija ir teisės etnologija.* Lyginamosios teisės ir teisės istorijos santykis yra kompleksiškesnis, nei tai gali atrodyti iš pirmo žvilgsnio. Žvelgiant paviršutiniškai norėtųsi teigti, kad lyginamoji teisė nagrinėja pasaulio erdvinėje struktūroje gyvuojančias teisės sistemas, o teisės istorija yra istoriškai nulemta laiko dimensijos. Tačiau ši pažiūra neaprėpia daugelio aspektų. Viena vertus, teisės istorija visada tyrinėjama lyginamuoju metodu. Taigi teisės istorikas savo tyrinėjamą teisės sistemą, pavyzdžiui, romėnų teisę, neišvengiamai sprendžia remdamasis savo paties žinoma moderniosios teisės sistema; taip jis atlieka lyginimą, kartais to nesuvokdamas, bet dažniausiai tam panaudodamas sąmoningą racionalumą. Kita vertus, lyginamoji teisė, jei ji nėra vien tik inventorizacija, visada privalo įvertinti istorines sąlygas, kurioms esant išsiplėtojo lyginamieji teisės institutai ir metodai. Todėl neįmanoma atsakyti į klausimą, kas istorinį tyrimą skiria nuo lyginamojo, kur baigiasi pirmasis ir prasideda antrasis, kur dar gali kalbėti teisės istorikas, o lyginamosios teisės specialistas jau turėtų tylėti. Teisės istorija ir lyginamoji teisė yra to paties medžio vaisiai. Šios disciplinos yra seserys dvynės, ir suabejojus, kuri iš jų yra gražesnė, negalima nuginčyti, kad istorinis teisės tyrimas daugeliu atvejų yra lyginamojo metodo taikymas ar, atvirkščiai, kad esama problemų, kurių neįmanoma ištirti nežinant sprendimui skirtų normų istorinės genezės.

Lyginamasis etnologinis teisės tyrinėjimas, arba teisės etnologija, kaip tai manė jos pradininkai J.J. Bachofenas (*Das Mutterrecht*, 1861) ir seras Henry Maine'as, turėjo kitokį tikslą nei lyginamoji teisė. Jų pagrindinis siekis buvo – per pasaulinę visuotinės kultūros istoriją pavaizduoti pasaulinę teisės istoriją. Savo, kaip mokslo, pradžioje etnologinė teisė rėmėsi labai aiškia teze, kurios moksline verte šiandien labai abejojama. Ši pamatinė tezė rėmėsi Auguste'o Comte'o pozityvizmu, Hegelio istorijos plėtojimo filosofija ir Bastiano vadinamosiomis elementariomis ir etnokultūrinėmis idėjomis. Remdamasi trimis žmonių psichinės struktūros savybėmis, etnologinė teisė teigė, jog žmonija visose srityse ir visame pasaulyje išgyvena vienodą raidos procesą. Tuo tikėdama ji išimtinai ištyrė vadinamąsias primityviąsias teises, t.y. teisines sistemas, jei taip apskritai galima pasakyti, kurias dar galima aptikti išlikusiose primityviose tautose. Iš to, kas šiose gentyse buvo rasta kaip galiojantys papročiai, ji padarė išvadas, kaip galėjo atrodyti šiandien aukštą išsivystymo lygį pasiekusių tautų teisė tolimoje priešistorinėje praeityje, taigi tuo laiku, iš kurio neturime kokių nors išlikusių teisės paminklų arba dokumentų. Būtent šia kryptimi ypač daug dirbo ir tyrimus atliko A.H. Postas savo „Etnologinės jurisprudencijos studijų įvade" (1886) *(Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz)* bei Josephas Kohleris savo žurnale, skirtame lyginamosios teisės mokslui. Pamatinei etnologinės teisės tezei apie paralelinę visų genčių raidą jų pirmykštėje būklėje vėliau kaip opozicija iškilo vadinamoji „civilizacijos tipų" (vok. *Kulturkreisslehre*, angl. *cultural groups*, rus. *civilizacija etnosa*) doktrina. Pastaroji teigė, jog kiekviena kiekvienos tautos ir kiekvienos genties civilizacijos raida yra vienkartinis istorinis įvykis. Vis dėlto net ir ši civilizacijos tipų doktrina negali paneigti stulbinančio teisės institutų tapatumo tautose, esančiose ant tos pačios kultūrinio išsivystymo pakopos. Ši doktrina pastarąjį fenomeną bando aiškinti recepcija ir didžiuoju tautų kraustymusi. Tačiau šios praeityje neabejotinai vykusios transplantacijos sunkiai paaiškina visas raidos paraleles. Naujesniosios pažiūros teigia, jog vienos tautos teisės atsiradimui ir raidai įtakos turi tipinių, visur pasikartojančių veiksnių ir netipinių

veiksnių sąveika *(Koschaker).* Koschakerio nuomone, tipinius raidos momentus galima aiškinti remiantis ne *Bastiano* elementariomis idėjomis, ne natūraliai sutampančia istorine raida, o tuo, jog istoriškai žmonių grupės raida vyksta tam tikru vienodu būdu tam tikroje geografinėje, socialinėje ir ekonominėje aplinkoje. Ji vyksta ir *teisiškai.* Tačiau šią tipinę raidą gali pakreipti netipiniai veiksniai (rasė, ypatingi gabumai, istorija). Todėl etnologinė teisė pirmiausia turinti būti skirta tipinių veiksnių atskyrimui nuo netipinių. Ir tik ten, kur tai pavyksta padaryti, jos daromos išvados iš šiandien gyvuojančių primityvių tautų teisinių papročių apie priešistorinę teisę yra teisingos.

Šiais laikais universalus istorinis etnologinės teisės bruožas yra nublankęs. Etnologinė teisė, kaip etnologijos ir lyginamosios teisės dalis, tiria šiuo metu tebeegzistuojančių „primityvių tautų" teisinį gyvenimą. Arba tiksliau, – ji tiria tautas, iki šiol nepakankamai įvaldžiusias visą civilizacijos priemonių arsenalą. Etnologinė teisė kaip istorinė disciplina yra tik tiek, kad ji siekia išsiaiškinti teisės kilmę ir ankstyvąsias jos stadijas konkrečioje kultūrinėje aplinkoje (*Adam*, p. 192). Industrinės revoliucijos ekspansijos proceso veikiamos už Vakarų pasaulio ribų esančios tautos vis labiau yra modernizuojamos, todėl paskutiniai senųjų, palyginti nepaliestų, grupių likučiai vis labiau yra įtraukiami į besiformuojančią globalią žmonijos visuomenę. Todėl modernioji etnologinė teisė savo objektu šiandien renkasi tuos anksčiau stebėtus tautų pokyčius, kuriuos nulėmė aukštesnės civilizacijos įsiskverbimas arba prisitaikymas prie jos. Taip etnologinė teisė šiandien yra tapusi didele šiuolaikinės lyginamosios teisės dalimi. Be to, etnologinė teisė vienu iš savo pirmaeilių uždavinių laiko besivystančių tautų „teisinį švietimą", jų supažindinimą su visuotinai padarytais lyginamojo teisės pobūdžio tyrimų rezultatais. Šiuo aspektu etnologinė teisė, sukaupusi daug specifinių žinių, įneša savo indėlį.

4. Pastaruoju metu dažnai buvo svarstomi lyginamosios teisės ir *teisės sociologijos* santykiai, todėl tai, jog abi disciplinos ne tik gali ir privalo viena iš kitos pasimokyti, bet ir jų naudojami metodai dauguma yra tie patys, šiandien atrodo visuotinai pripažintu faktu.

Teisės sociologija siekia atskleisti priežastinius teisės ir visuomenės sąveikos dėsningumus. Ji siekia parodyti taisykles, pagal kurias yra sprendžiama, kokioms prielaidoms esant teisė gali paveikti žmonių elgesį ir kaip teisė, viena vertus, reaguoja į politinius, ekonominius, psichologinius arba demografinius pokyčius. Šioje srityje labai sunku kurti hipotezes, tačiau, kita vertus, neabejotina, kad jos suvokiamos kur kas geriau, jei yra naudojami lyginamaisiais tyrimais gauti duomenys apie įvairias kultūras ir tautas.

Su jais teisės sociologija priartėja prie iš gamtos mokslų žinomo eksperimentu gauto teiginio, vadinamo „kontrolinės grupės" technika. Jei konkreti gyvenimo sritis dviejose teisės sistemose yra reguliuojama skirtingomis normomis ir galima nustatyti, jog šiose gyvenimo srityse svarbiausi faktai skiriasi, esant tam tikroms prielaidoms galima spręsti apie normos poveikį socialiniams santykiams. Lygiai taip pat yra ir tuo atveju, kai įtraukiama laiko dimensija ir gali būti pateiktas įrodymas, jog įvairiose šalyse esant konvergentiškai (arba divergentiškai) socialinei raidai ten galiojančios normos irgi konverguoja arba diverguoja. Jei dviejose teisės sistemose žmonės, esant konkrečiai situacijai, elgiasi vienodai, nors ir vienur, ir kitur galioja skirtingos normos, reguliuojančios žmonių elgesį tokiose situacijose, galima nuspėti šių normų efektyvumo stoką, ypač tada, jeigu, nepaisant vienodų teisės normų, žmonės elgiasi skirtingai (plg. visa tai *Martiny*, ten pat). Jis, viena vertus, parodo, jog teisės sociologija gali ir panaudoja lyginamosios teisės patyrimą, tačiau, žinoma, ne-

nutyli ir ypatingų sunkumų, iškylančių teisės sociologijos tyrimams, atliekamiems įvairių kultūrų ir tarptautinėje plotmėje.

Jei lyginamoji teisės sociologija gali pasinaudoti lyginamosios teisės patyrimu ir jos surinkta medžiaga, tai lyginamosios teisės specialistai, be abejo, gali pasimokyti iš teisės sociologijos. Tai pirmiausia pasakytina apie tai, kas vadinama *problemų apibrėžimu*. Lyginamojoje teisėje jau seniai yra pripažinta, jog lyginti galima tik tas normas, kurios įvairiose teisės sistemose atlieka tas pačias funkcijas, būtent jomis norima reguliuoti tuos pačius problemiškais laikomus gyvenimo santykius arba interesų konfliktus. Lygiai taip pat yra pripažinta, jog lyginamosios teisės specialistas, aprašydamas šiuos gyvenimo santykius, turi atsiriboti nuo savo paties teisinės-dogmatinės pradinės sampratos ir savo paties kultūrinės aplinkos bei pasinaudoti „neutraliomis" sąvokomis (plg. šiuo klausimu II 3 str.). Teisės sociologija neprieštarauja šiam išeities taškui ir jo laikosi labai griežtai, o tai lyginamosios teisės specialistą verčia susimąstyti, tačiau jam dažnai tai yra nepriimtina. Neretai ji gali atskleisti, jog sąvokos ir požymiai, kuriuos lyginamosios teisės specialistas pripažįsta „neutraliais" ir todėl tinkamais problemoms apibrėžti, iš tiesų turi nacionalinį ar kultūrinį atspalvį arba neakivaizdžiai nuspėja konkrečią socialinę aplinką, kuri iš tiesų yra tik čia, o ne šalyje, su kuria yra lyginama. Panašiai yra ten, kur problema yra apibrėžta ir reikia *surasti normų*, kurios, norint išspręsti šią problemą, yra taikomos tiriamai šaliai. Šioje vietoje lyginamosios teisės specialistai sutaria, jog būtina atsižvelgti ne tik į įstatymų nuostatas, ne tik į teisėjų kuriamą teisę, ne tik į *law in the books*, ne tik į bendrąsias sutarties sąlygas ir papročius, bet ir į visa tai, kas reguliuoja žmonių elgesį šiose situacijose (plg. tai II ir III 3 str.). Teisės sociologui toks nagrinėjimo būdas yra savaime suprantamas, nes jis ir be to mano, jog žmogaus elgesį tik iš dalies reguliuoja teisė. Teisininkams, o lyginamosios teisės specialistai paprastai yra teisininkai, šioje situacijoje yra sunkiau. Jie turi prisiversti būti atviri neteisinėms elgesio reguliavimo formoms; to jie gali pasimokyti iš daug objektyvesnių teisės sociologų. Tai galiausiai tinka ir tuo atveju, kai lyginamosios teisės specialistui rūpi paaiškinti duomenis, taigi kai gali būti aprašytos surastų panašumų ir skirtumų priežastys. Be abejo, jis pripažins, jog į nagrinėjimą reikia įtraukti visus socialinio gyvenimo srities veiksnius. Bet dažnai jam tik teisės sociologas parodys, kaip plačiai šioje vietoje galima ir reikia išplėsti tyrimą ir kodėl pagal ištirtos problemos rūšį, politinį valdžios pasidalijimą, ekonominę sistemą, religines bei etines vertybes, šeimos struktūrą, žemės santvarką ir industrializacijos lygį, įstaigų bei susivienijimų organizaciją ir daugelį kitų veiksnių reikia pritraukti kur kas daugiau nei aiškinamąjį pavyzdį.

Be abejo, lyginamojo teisės tyrimo tikslai gali skirtis. *Teoriniame aprašomajame* lyginamosios teisės tyrime pirmiausia siekiama pateikti ir paaiškinti įvairių teisės sistemų bendrybes ir skirtumus. Aprašytuoju būdu jis turi apdoroti ir įvertinti teisės sociologijos paruoštus teorinius modelius ir empirinius duomenis. Tačiau daugeliu atvejų lyginamosios teisės tikslas – nurodyti gaires teisinei politikai. Kaip *taikomoji* disciplina lyginamoji teisė turi nagrinėti klausimą, koks vienos ar kitos konkrečios problemos sprendimas dabartinėmis socialinėmis ir ekonominėmis sąlygomis yra tinkamiausias. Tokiais atvejais lyginamosios teisės specialistas dažnai yra priverstas priimti sprendimą. Užkluptas skubaus klausimo, ar galiojanti teisė konkrečiu metu turi būti keičiama ir kaip, kaip turėtų būti užpildyta tam tikra teisės spraga arba koks turinys turėtų būti suteiktas unifikuotam teisiniam reguliavimui, per ribotą laiką jis turi pateikti konkrečių siūlymų. Šiomis sąlygomis jis paprastai

neturi jokio kito pasirinkimo, kaip tik ieškoti galimų prielaidų, iš kurių teisės sociologas galėtų teisingai pasišaipyti kaip iš „paprastų teorijų", tačiau jos nebūtinai yra niekam tikusios. Tai nereiškia, jog lyginamosios teisės specialistas neturėtų atsižvelgti į teisės sociologijos prognozes ir rezultatus; būtent priešinga pozicija yra teisinga. Tačiau kai kuriose situacijose taikomoji lyginamoji teisė negali išvengti to, kad, žinoma, labai atsargiai, pastabia akimi ir sąmoningai būtų iškeltos tezės, kurios teisės sociologui galėtų atrodyti nepakankamai pagrįstos, tačiau vis dėlto yra tokios įtikinamos, jog pajėgia įtikinti teisinės politikos diskusijoje, o konkrečiose sprendimo priėmimo situacijose – paskatinti praktinius žingsnius.

2. LYGINAMOSIOS TEISĖS FUNKCIJOS IR TIKSLAI

Aubin, Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtssprechung, RabelsZ 34 (1970) 458; *Blanc-Jouvan*, Réflexions sur l'enseignement du droit comparé, Rev.int.dr.comp. 40 (1988) 751; *Bleckmann*, Die Rolle der Rechtsvergleichung in den Europäischen Gemeinschaften, ZvglRWiss 75 (1976) 106; *Coing*, Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert, Ius commune VII (1978) 160; *Daig*, Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Festschrift Zweigert (1981) 395; *David*, The International Unification of Private Law, veikale: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 2, Ch. 5 (1971); *Dölle*, Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, veikale: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, II (1960) 19; *Drobnig*, The Use of Foreign Law by German Courts, veikale: German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law (Leidėjas: Jayme 1994); *Drobnig/Dopffel*, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, RabelsZ 46 (1982) 253; *Dutoit*, L'importance du droit comparé dans l'enseignement juridique, veikale: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé (1976) 21; *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ 50 (1986) 193; *Ferid*, Die derzeitige Lage von Rechtsvergleichung und IPR in der Bundesrepublik Deutschland, ZfRvgl 22 (1981) 86; *Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law, Harv.Int.L.J. 26 (1985) 411; *Grossfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung (1984); *to paties autoriaus*, Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deustchen Recht, AcP 184 (1984) 289; *Hill*, Comparative Law, Law Reform and Legal Theory, Oxf.Leg.Stud. 9 (1989) 111; *Hirsch*, Rezeption als sozialer Prozess (1981); *Jacobs*, The Use of Comparative Law in the Law of the European Communities, Legal History and Comparative Law, Essays in Honour of A. Kiralfy (Leidėjas: Plender 1990) 99; *Junker*, Rechstvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1944, 921; *Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law, Mod.L.Rev. 37 (1974) 1; *Kötz*, Gemeineuropäisches Zivilrecht, Fetschrift Zweigert (1981) 481; *to paties autoriaus*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, RabelsZ 54 (1990) 203; *to paties autoriaus*, Europäische Juristenausbildung, ZEuP 1993, 268; *to paties autoriaus*, Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht, veikale: Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft (Leidėjas: Müller-Graff 1993) 95; *Kozyris*, Comparative Law for the 21st Century, New Horizons and New Technologies, Tul.L.Rev.69 (1994) 165; *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren (1975); *Kübler*, Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft, JZ 1977, 113; *Lawson*, Comparative Law as an Instrument of Legal Culture, veikale: *Lawson*, The Comparison, Se-

lected Essays II (1977) 68; *Legeais*, L'utilisation du droit comparé par les tribunaux, Rev.int.dr.comp. 46 (1994) 347; *Lutter*, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593; *Mansel*, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, JZ 1991, 529; *Markesinis*, Comparative Law: A Subject in Search of an Audience, Mod.L.Rev. 53 (1990) 1; *Martiny*, Autonome und einheitliche Auslegung im Europäischen Internationalen Zivilprozessrecht, RabelsZ 45 (1981) 427; *von Mehren*, The Role of Comparative Law in the Practice of International Law, Festschrift Neumayer (1985) 479; *Neuhaus/Kropholler*, Rechtsvergleichung – Rechtsverbesserung?, RabelsZ 45 (1981) 73; *Neumayer*, Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung, RabelsZ 34 (1970) 411; *Pescatore*, Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres, Rev.int.dr.comp. 32 (1980) 337; *Pound*, The Place of Comparative Law in the American Law School Curriculum, Tul.L.Rev. 8 (1934) 161; *Sacco*, Legal Formants, A Dynamic Approach to Comparative Law, Am.J.Comp.L. 39 (1991) 1 ir 343; *to paties autoriaus*, La comparaison juridique au service de la connaissance du droit (1991); *to paties autoriaus*, Introduzione al diritto comparato (1992); *Schermers*, Legal Education in Europe, Common Market L.R. 30 (1993) 9; *Schlesinger*, The Role of the „Basic Cource" in the Teaching of Foreign and Comparative Law, Am.J.Comp.L. 19 (1971) 616; *E.Stein*, Uses, Misuses – and Nonuses of Comparative Law, Nw.U.L.Rev. 72 (1977) 198; *Tallon*, Les perspectives de l'enseignement universitaire de droit comparé, Festschrift Zajtay (1982) 479; *Uyterhoven*, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung (1959); *Watson*, Legal Transplants and Law Reform, L.Q.Rev. 92 (1976) 79; *Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50) 5.

I.

Šiandien niekas neginčija, jog lyginamoji teisė, kaip teisės mokslo mokslinis metodas, atlieka daugybę svarbių funkcijų. Tai išplaukia iš labai paprasto samprotavimo. Joks mokslas negali pagrįstai remtis duomenimis, gautais tik savo šalyje. Tik nacionaliniai teisės mokslai ilgai tenkinosi „vidine" diskusija ir tenkinasi iki šiol. Iš šios nepakeliama tapusios situacijos išeitį randa lyginamoji teisė, kuri kartu įveda į tarptautinį teisės mokslą.

Tai, jog gamtos moksluose arba medicinoje, sociologijoje arba ekonomikos moksluose vyksta tyrimo rezultatų tarptautiniai mainai, yra savaime suprantamas dalykas, kurio toliau aiškinti ir nebereikia. „Vokiškos" fizikos, „britiškos" molekulinės biologijos arba „kanadietiškos" geologijos nėra. Šie mokslai egzistuoja kaip pasauliniai, ir galima tik konstatuoti, jog viena ar kita nacija vienoje iš šių sričių pasiekė kažką labai ypatingo, vidutinio arba ir visai nieko nepasiekė. Tenka stebėtis, jog teisės moksle yra kitaip. Europos žemyne viršnacionalinė teisės ir teisės mokslo vienovė egzistavo tol, kol romėnų teisė buvo svarbiausias visos teisės šaltinis. Angliškai kalbančioje pasaulio dalyje tai buvo tam tikra vienovė, *Common Law*, kuri kai kur išliko iki šių dienų. Kontinente unifikuota teisė iširo XVIII amžiuje, kai vietoje paveldėtos romėnų teisės buvo pradėti leisti nacionaliniai kodeksai. Dėl to teisininkai dėmesį sutelkė vien tik į savus kodeksus. Jie liovėsi žiūrėję į tai, kas dedasi už sienų. Iš šio savimi pasitenkinančio rūpinimosi nacionaline teise, kartu stiprėjant nacionalinės valstybės idėjai, išaugo pasididžiavimas sava teise. Vokietis galvojo, jog jo teisė yra išmintingiausia, prancūzas tą patį manė apie savo teisę, ir taip pasididžiavimas sava teise suformavo teisininkų galvoseną. Tik lyginamoji teisė šį siaurą mąstymą pradėjo plėsti.

Pagrindinė lyginamosios teisės funkcija, kaip visų mokslinių metodų, yra pažinimas. Jei lyginamąją teisę suprastume ne vien tik kaip į nacionalinius įstatymus, teisės principus, *rules* ir *standards* nukreiptą interpretavimą, bet ir kaip socialinių konfliktų sprendimo bei prevencijos modelių tyrimus, būtų aišku, jog lyginamoji teisė kaip metodas disponuoja platesne sprendimų palete, nei nacionalinės teisės tyrinėjimuose užsisklendęs teisės mokslas. Taip atsitiko todėl, kad pasaulyje funkcionuojančiose teisės sistemose išsiplėtojo daugiau ir kur kas tobulesnių problemų sprendimo modelių, nei jų gali prasimanyti nacionalinės teisės sistemoje užsisklendęs net pačios lakiausios fantazijos teisininkas. Kaip *ecole de verite* lyginamoji teisė išplečia ir praturtina „sprendimų bagažą" *(Zittelmann)* ir kartu kritiškam tyrinėtojui suteikia šansą rasti „labiau situaciją atitinkantį sprendimą".

Kitos funkcijos, atliekamos lyginamojo teisės tyrimo ir jo dėka egzistuojančios bei nuolat palaikomos tarptautinės diskusijos apie teisės mokslo problemas, šiame veikale bus paminėtos, bet plačiau neaptariamos. Tai yra, sąmoningai įsiskverbiama į įvairias pasaulio socialines ir kultūrines institucijas ir kartu sumažinama psichologinio pobūdžio nacionalinių prietarų bei gerinamas tarptautinis savitarpio supratimas; didžiulė nauda, teikiama lyginamosios teisės, reformuojant besivystančių šalių teisę; nepaliaujama „savos" teisės sistemos kritika, kurią lyginamoji teisė skatina ir taip labiau padeda plėtoti nacionalinę teisę nei nacionaliniuose rėmuose uždaryta „dogmatizuota diskusija".

Dabar plačiau reikėtų aptarti kitas penkias praktinės reikšmės turinčias lyginamosios teisės funkcijas. Tai yra: lyginamoji teisė, kaip pagalba įstatymų leidėjui (II); lyginamoji teisė, kaip aiškinimo metodas (III); lyginamosios teisės vieta mokymo procese (IV); lyginamosios teisės svarba teisės unifikacijai (V) ir bendraeuropinės civilinės teisės plėtojimuisi (VI).

II.

Lyginamosios teisės duomenys arba *ad hoc* parengta medžiaga šiandien būtini daugelio šalių ir daugelio specialių sričių kokybės siekiančiam *įstatymų leidėjui.*

Vokietijoje įstatymų leidėjas jau antrojoje XIX amžiaus pusėje rėmėsi išsamiais lyginamaisiais parengiamaisiais tyrimais, kai pirmiau Prūsijoje, o vėliau ir visoje Vokietijos imperijoje reikėjo kurti vieningą prekybos teisę. Federalinei valdžiai įgijus reikiamos įstatymų leidybos kompetencijos, tokie tyrimai buvo remiami kuriant vieningą civilinę, civilinio proceso, bankroto, teismų santvarkos ir baudžiamąją teisę. Atsižvelgta ne tik į galiojusią partikuliarinę teisę, kuriai buvo priskirta Reino srityje galiojusi Prancūzijos teisė, tačiau ir į Olandijos, Šveicarijos bei Austrijos teisę (plg. šiuo klausimu ten pat *Coing* ir *Doelle*). Šiandien galima teigti, jog po Antrojo pasaulinio karo nebuvo jokio svarbesnio įstatymų leidybos sumanymo, kurį realizuojant nebūtų buvę remtasi platesnės ar siauresnės apimties lyginamosios teisės tyrimais. Tai pasakytina apie šeimos teisės reformą (šiuo klausimu t. p. *Drobnig/Dopfell*), apie prekybinio atstovavimo, akcijų, konkurencijos ribojimo teisę, įvedant *dissenting opinion* Vokietijos Konstituciniame Teisme, apie (žinoma, niekada nepriimtą) garbės ir orumo civilinės teisinės apsaugos įstatymo projektą, apie kompensacijos nukentėjusiesiems dėl smurtinių nusikaltimų įstatymo projektą, apie lyties pakeitimo (transseksualų) įstatymą, apie mažas pajamas gaunančių asmenų teisinės konsultacijos įstatymą ir daug kitų įstatymų leidybos sumanymų. Siūlymai, kuriuos neseniai pateikė Vokietijos teisingumo ministerijos įsteigta prievolinės teisės reformos komisija, yra pagrįsti ir lyginamosios teisės implikuotais samprotavimais; plg., pvz., Makso Planko

užsienio ir tarptautinės privatinės teisės instituto atliktą išvadą „Naujausias sutarčių teisės plėtojimasis Europoje“ *(Zur neueren Entwicklung des Vertragsrechts in Europa)*, kuri yra publikuota leidinyje *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I* (leidėjas – Vokietijos teisingumo ministerija, 1981). Ypač svarbus šiuo atveju buvo siekis Vienos konvencijos dėl tarptautinio prekių pirkimo ir pardavimo sutarčių normas (kurios išsirutuliojo veikiant lyginamajai teisei) įtraukti į Vokietijoje galiojančią teisę ir taip ją priartinti prie kitose Europos šalyse galiojančio teisinio reguliavimo. *Didžiojoje Britanijoje* svarstant svarbius įstatymų projektus taip pat plačiai remiamasi lyginamaisiais samprotavimais apie teisę. Pavyzdžiu galėtų būti *Pearson Comission* pranešimas apie Anglijos civilinės atsakomybės teisės reformą. Diskutuojant, ar turėtų būti pripažinta privataus gyvenimo neliečiamybė, buvo apžvelgiama užsienio teisė ir išklausyta užsienio specialistų nuomonė. Tačiau Anglijoje dar nėra priimta sprendimo, kokiam pavyzdiniam modeliui teikti pirmenybę: *right of privacy* pagal amerikietiškąjį, *droit au respect de la vie privée* – pagal prancūziškąjį, ar *allgemeines Persönlichkeitsrecht* – pagal vokiškąjį modelį. Anglijos *Law Commission* (Teisės komisija) pasitelkia informaciją apie užsienio teisę, kai tai jai atrodo naudinga, pavyzdžiui, jos samprotavimuose apie sutarčių trečiųjų asmenų naudai pripažinimą.

Per keletą paskutiniųjų metų lyginamoji teisė, kaip pagalbinė įstatymų leidybos priemonė, įgijo milžinišką reikšmę Vidurio ir Rytų Europos šalyse. Suirus sovietiniam blokui, šioms šalims iškilo didžiulė nacionalinių teisės sistemų reformos problema. Akivaizdu, jog šiose šalyse panaudojama kitų Europos šalių patirtis. Lyginamųjų teisės samprotavimų pagrindu orientuojamasi į sprendimus, kurie labiausiai atitinka nacionalinę teisės tradiciją, nors ji ir buvo puolama bei naikinama ilgus dešimtmečius. Tačiau ir Europai nepriklausančios valstybės, atsiradusios buvusios Sovietų Sąjungos teritorijoje, ir Kinijos Liaudies Respublika bei kai kurios besivystančios Afrikos šalys nacionalinėje įstatymų leidyboje vis didesnę reikšmę teikia užsienyje sukauptai įstatymų leidybos patirčiai.

Savaime suprantama, lyginamosios teisės išvadomis reikia naudotis protingai ir apgalvotai. Jeigu lyginamoji teisė teigia, jog užsienyje konkreti problema sprendžiama tam tikru konkrečiu būdu, šios problemos sprendimo būdas neturėtų būti atmestas todėl, kad kalbama apie „užsienyje taikomą“ ir vien todėl mums nepriimtiną teisinį reguliavimą. Prieštaravimus, kylančius nacionaliniu pagrindu, apibūdina *Rudolpho v. Jheringo* sakinys:

> Užsienio teisės institutų recepcijos klausimas nėra nacionalumo klausimas, o tik paprastas tikslingumo, poreikio klausimas. Niekas nesiskolins iš užsienio to, kas jau yra tokio pat arba aukštesnio lygmens; tačiau tik kvailys nepriims kinmedžio žievės dėl tos priežasties, jog ji yra išaugusi ne jo dirvoje (*Geist des römischen Rechts*, Erster Teil [1955] 8 ir kt.).

Tačiau kiekvienu konkrečiu teisės recepcijos atveju reikia ne tik įsitikinti, jog užsienyje galiojanti teisės norma bus efektyvi nacionalinėje teisės sistemoje, tačiau ir patikrinti, ar ji apskritai yra tinkama kaip teisinio reguliavimo priemonė. Gali būti, jog užsienio valstybėse priimti ir jose išbandyti sprendimai apskritai negali būti perkelti nepritaikant jų nacionalinės teisės reikalavimams, nes, pavyzdžiui, teisminis procesas joje yra kitoks, valstybės institucijoms pavestos funkcijos kitos, ekonominis procesas organizuotas kitaip arba tiesiog dėl kitų priežasčių ta socialinė aplinka, kurioje turi funkcionuoti perimama norma, yra kitokia nei užsienyje.

Kokioms prielaidoms esant užsienio teisė gali būti sėkmingas „recepcijos“ objektas kitoje šalyje, apie tai palyginkime įdomius ten pat Kahn-Freundo ir Watsono nuomonių skirtumus; šiuo klausimu savo nuomonę pareiškia ir Steinas. Toliau palyginkime ten pat Hirscho tyrinėjimus. Visi jie pateikia kitas nuorodas.

III.

Svarbus yra klausimas, kuris patenka į lyginamosios teisės praktinių tikslų kategoriją: ar lyginamoji teisė gali būti panaudota *nacionalinėms teisės normoms aiškinti*? Šis klausimas priklauso praktinių lyginamosios teisės tikslų kategorijai. Šiandieniniuose vadovėliuose šio klausimo vengiama, jis pakeičiamas senu ginču: ar aiškinimą turėtų lemti tikslios įstatymų leidėjo valios, kurią jis išreiškė priimdamas įstatymą, nustatymas, ar priimtas įstatymas yra savotiškai gyva teisinė būtybė, kurios aiškinimą gali nulemti socialinėje realybėje egzistuojančios aplinkybės. Kyla ir priešingas klausimas: ar užsienyje taikomas teisinis reguliavimas turi ir ar gali būti argumentu aiškinant nacionalinės teisės normas? Savaime suprantama, užsienyje taikomas teisinis reguliavimas neturėtų būti naudojamas norint tyčia eliminuoti nacionalinės teisės normas, kurių aiškinimas nesudaro problemų. Įstatymo viršenybės principas yra kiekvienos teisinės sistemos pagrindas. Problema kyla tada, kai neabejojant reikia išsiaiškinti konkrečią normą, kai teisinės sistemos spragos užpildomos teisminiais sprendimais. Čia neužtenka vien tik loginės argumentacijos, nepakankamai įtikina analogijos ir *argumentum a contrario* būdu gaunami argumentai. Kaip naujausią normą parenkant nagrinėjamuoju atveju taikytiną teisės normą šiandien kontinentinėje teisėje būtų galima nurodyti teisėjo kuriamos teisės pavyzdį Šveicarijoje: Šveicarijos CK 1 straipsnio II ir III dalys yra suformuluotos taip:

> Esant teisės spragai teisėjas privalo taikyti paprotinę teisę. Jei tokios nėra, teisėjas turi spręsti vadovaudamasis norma, kurią jis nustatytų, jei turėtų įstatymų leidėjo įgaliojimus. Šiuo atveju teisėjas remiasi vyraujančia teisės doktrina ir tradicija.

Pastaruoju reguliavimu pirmiausia norėta užpildyti Šveicarijos CK spragas pagal nacionalinės teisės, t.y. Šveicarijos teisės tradiciją. Tačiau ar to pakanka? Jei teisėjas privalo priimti sprendimą, kurį jis priimtų būdamas įstatymų leidėju, galima klausti toliau: kuo remdamasis modernus įstatymų leidėjas priima sprendimus? Pagal tai, ką mes matome, galima daryti išvadą, jog įstatymų leidėjas priima įstatymus, kurių turinį sudaro iš įvairių teisės sistemų, t.y. eklektiškai į įstatymo formą sujungtos teisės normos. Todėl naudoti lyginamąją teisę interpretuojant nacionalinės teisės normas yra būtina. Ji naudojama šalia aukščiau pateiktų kriterijų. Ar plačiai ją naudoti, tai jau kitas klausimas, kuris turi būti analizuojamas. Kyla tokių klausimų: ar interpretuojant teisės normas su lyginamosios teisės pagalba gali būti naudojamos tik giminingos teisės sistemos (pvz., Šveicarija, Prancūzija), ar ir savo stiliumi iš esmės skirtingos sistemos (pvz., bendrosios teisės sistemos). Ar leistina situacija, kai teisėjas kitos valstybės teisės sistemoje randa normą, jam atrodančią geriausia, ar jis gali taikyti tik tą normą, kuri yra analogiška daugelio valstybių teisės sistemose? Ar su lyginamosios teisės pagalba galime savos teisės normas interpretuoti taip autonomiškai, jog esant apibrėžtoms aplinkybėms esame pasirengę peržengti nacionalinėje teisės sistemoje egzistuojančius sisteminius ryšius?

Mums atrodytų, jog į šiuos klausimus, galbūt išskyrus paskutinįjį, turi būti atsakyta ne baukščiau, o drąsiau (plg. ten pat kiekvieną iš šių atvejų *Zweigert*).

Vokietijos aukščiausiųjų teismų praktikoje yra daug sprendimų, kuriuose, remiantis lyginamosios teisės išvadomis, iš Vokietijos teisės buvo pašalintos teisės dviprasmybės arba užpildytos teisės spragos. Savaime suprantama, lyginamosios teisės argumentai Vokietijos aukščiausiųjų teismų sprendimuose yra naudojami šalia nacionaline teise pagrįstos argumentacijos. Lyginamosios teisės argumentai naudojami nacionaline teise pagrįstoms išvadoms pagrįsti. Plačiausiai žinoma Vokietijos Aukščiausiojo Teismo sprendimų praktika. Ši praktika išplėtojo principą, kad pažeidus „asmens apsaugos teisę“ ieškovui turi būti atlyginta moralinė žala (plg. 43 str. II). Vokietijos Aukščiausiasis Teismas, reaguodamas į kritines pastabas dėl šio principo, pateikė argumentus, kad:

> beveik visose pasaulyje egzistuojančiose teisinėse sistemose, kuriose žmogui suteikiama tokia reikšmė, jog jis tampa teisės sistemos šerdimi, yra pripažįstamas moralinės žalos atlyginimas kaip civilinė ir teisinė sankcija už privataus gyvenimo neliečiamybės pažeidimą. Kadangi ir šiose teisinėse sistemose spaudos laisvei yra teikiama principinė reikšmė ir moralinės žalos atlyginimas šios laisvės egzistavimui nekenkia, tai priekaištas, jog moralinės žalos atlyginimo įteisinimas reiškia konstituciškai įtvirtintos spaudos laisvės apribojimą arba kelia jai realią grėsmę, yra nepagrįstas (BGHZ 39, 124, 132). Kitame sprendime Vokietijos Aukščiausiasis Teismas susiaurino moralinės žalos taikymo sferą ir nurodė, jog moralinė žala turi būti atlyginama tik tais atvejais, kai privataus gyvenimo neliečiamybės pažeidimo padariniai yra ypač sunkūs. Viename iš savo sprendimų (BGHZ 35, 363, 369) Vokietijos Aukščiausiasis Teismas yra pasakęs, jog vienu iš tokių apribojimų remiasi Šveicarijos teisė, kurioje asmens teisių apsaugai yra suteikta kur kas didesnė reikšmė nei Vokietijos CK (plg. Šveicarijos PK 49 str. I; plg. BGHZ 86, 240, 250 ir kt.: šiuo atveju ieškovė buvo sunkiai apsigimusi mergaitė. Ji apkaltino nėštumo metu jos motiną konsultavusį gydytoją, aplaidžiai atlikusį savo pareigas ir neįspėjusį apie tai, jog kūdikis gims apsigimęs; tai būtų paskatinę motiną nutraukti nėštumą *(action for wrongful life)*. Ieškinys nebuvo patenkintas nurodžius į *McKay v. Essex Health Authority* (1982) Q.B. 1166 ir panašius JAV teismų sprendimus. Kiti pavyzdžiai iš Vokietijos teismų praktikos yra analizuojami Drobnigo veikale.

Be abejonės, Vokietijos teismų praktikoje lyginamosios teisės duomenys dar negreit užims tą vietą, kuri jai derėtų teisės aiškinime ir tolesniame jos kūrime. Geresnė padėtis yra Europos šalyse Graikijoje bei Portugalijoje. Tačiau šiuo požiūriu toliausiai pažengta Šveicarijoje. Šios šalies Federalinis teismas lyginamosios teisės duomenis naudoja labai dažnai (plg. BGE 114 II 131 ir *Uyterhoven*, ten pat). Tačiau galima aptikti ir visai kitokių pavyzdžių. Antai Prancūzijos kasacinis teismas visiškai nenaudoja lyginamosios teisės išvadų, tačiau tai galima paaiškinti šio teismo požiūriu į teisminių sprendimų stilių. Pagal šį požiūrį teismo sprendimo motyvuojančiojoje dalyje neturi būti jokių faktinių, teisinių ir istorinių, teisinių ir politinių ar lyginamųjų teisės svarstymų. Dar kitaip yra susiklosčiusi praktika bendrosios teisės teisinėje erdvėje. Ten visada buvo įprasta, kad aukščiausieji Anglijos, Australijos, Kanados ir kitų *Commonwealth* (Britanijos Sandraugos) šalių teismai remdavosi vieni kitų sprendimuose naudojamais argumentais. Pabrėžtina, kad paskutiniais metais imta atsižvelgti ir į kontinentinės Europos teisę.

White v. Jones [1995] 2 W.L.R. 187 byloje buvo nagrinėjamas klausimas, kaip advokatas, nekvalifikuotai tvarkęs savo kliento reikalus, trečiajam asmeniui turi atlyginti nuostolius. *Lordo Goffo* votume lyginamuoju požiūriu randame puikų problemos išdėstymą, kuris atitinka vokiškąją „sutarties trečiojo asmens interesų apsaugai" doktriną. Tokią nuomonę išsako ir Steinas L.J. Apeliaciniame teisme [1993] 3 W. L. R. 730, 752. Lordų Rūmai tenkino trečiojo asmens ieškinį (panašiai kaip BGH JZ 1966, 141 su *Lorenzo* pastabomis ir BGH NJW 1977, 2073), nors to pagrindas buvo civilinis deliktas. Toliau plg. Lordo Goffo nuomonę *Woolwich Building Society v. Inland Revenue Commissioners* byloje [1993] A. C. 70, 174 (bylos esmė – reikalavimas grąžinti sumokėtus mokesčius dėl klaidingai suprasto įstatymo); *M.R. Bingham Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1988] 1 All. E.R. 348, 352 ir kt. byloje (sąžiningumas vedant derybas dėl sutarties sudarymo); *Lordas Goffas Henderson v. Merret Syndicates Ltd.* [1994] 3 All E. R. 506, 523 byloje (reikalavimų iš sutarties vykdymo ir delikto konkurencija); *M.R.Bingham Kaye v. Robertson* [1991] F.S.R. 62 byloje (privataus gyvenimo neliečiamybės apsauga). Palyginkime ir Kanados *Supreme Court* (Aukščiausiojo Teismo) sprendimą *Norsk Pacifik Steamship Co. Ltd. v. Canadian National Railway Co.* [1992] 1 S. C.R. 1021 byloje: šiuo atveju nagrinėjama deliktinės atsakomybės, atsirandančios padarius žalos turtui ir sprendime panaudojus daugelį užsienio teismų sprendimų bei straipsnių medžiagą, problema. Už lyginamosios teisės duomenų panaudojimą teismų praktikoje, komentuodamas teismo sprendimą L.Q. Rev. 109 (1993) 5, teisme išraiškingai yra pasisakęs Markesinis. Lygiai taip pat jis kalbėjo *v. Baro* byloje: „Kokia būtų pasiekta pažanga, jei Europos Sąjungos šalių aukščiausieji teismai savo praktikoje padarytų kažką panašaus į *persuasive authority*, t.y. imtų tyrinėti, ar jų Aukščiausiojo Teismo nagrinėjama byla vienaip ar kitaip jau yra išspręsta kitos šalies aukščiausios teismo institucijos, ar šioje konkrečioje byloje iš viso nėra nusistovėjusios „europinės" praktikos. Negerai būtų ir tai, jei esant reikalui lyginamosios teisės rezultatais būtų bandoma pagrįsti, kodėl konkrečiu atveju negalima remtis nacionaline teise. Negalima net numatyti, ar pagrįstesni būtų teismų sprendimai, jei jie remtųsi kitų Europos šalių praktika, ir kiek padidėtų teisininkų šansai į savo pusę patraukti savo šalies intelektualų elitą, jei teisės mokslas, kaip ir bet kuris kitas mokslas, atsivertų pasauliui ir taptų pasauliniu!" (Vereintheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, ZfRV 35 [1994] 221 6 231).

Iš tiesų nėra jokio protingo pagrindo, kuriuo remdamasis su principinio pobūdžio klausimu susidūręs Aukščiausiojo Teismo teisėjas turėtų atsisakyti kitose šalyse teisėjų priimtų arba mokslininkų siūlomų sprendimų tik todėl, kad jie buvo priimti užsienio valstybėje. Šia prasme Vokietijos Aukščiausiojo Teismo pirmininkas Odersky teigia, kad:

> Konkrečioje šalyje dirbantis teisėjas ne tik turi teisę sprendime pasinaudoti pavyzdžiais iš kitų valstybių teisės sistemų ir teismų praktikos; taikydamas nacionalinės teisės normas ir, savaime suprantama, atsižvelgdamas į visus teisės kūrimui ir teisės aiškinimui svarbius momentus, savo sprendime jis gali sureikšminti tuos momentus, kurie padeda derinti Europos teisę. Remdamasis šiuo motyvu ir atsižvelgdamas į visas bylos aplinkybes, jis gali perimti kitose teisės sistemose priimtus sprendimus. Atsižvelgiant į spartėjantį Europos integracijos procesą, tai daryti jis turėtų vis dažniau (Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur, ZEuP 1994, 1, 2).

Teisėjo, norinčio sprendime panaudoti lyginamosios teisės duomenis, labai padidėja darbo krūvis. Bet daugelyje sričių lyginamoji teisė šiandien jau pasiekė tokį lygmenį, jog prieiti prie

informacijos apie užsienyje galiojančią teisę yra kur kas lengviau. Tačiau reikia atsižvelgti į tai, jog kai kuriose pasaulio valstybėse (pvz., daugelyje Europos šalių) gyvuoja *iura novit curia* taisyklė, pagal kurią teisėjas turi laukti, kol šalys pačios pateiks šiuos duomenis arba nuspręsti, jog jos privalo tai padaryti.

Dar kitokia situacija būna tada, kai reikia interpretuoti teisės normas, galiojančias keliose valstybėse. Tokių normų pagrindas – tarptautinės sutartys, tarpvyriausybinis bendradarbiavimas arba pagal virštarptautinę ar tarptautinę teisę vykstantis teisės kūrimas. Taip yra siekiama unifikuoti teisę, todėl šiam tikslui turi būti skirti ir teisės kūrimas, ir teisės aiškinimas. Vadinasi, teisėjui, kuriam praktikoje iškilo tokia užduotis, neužtenka įprastinių teisės aiškinimo taisyklių. Teisės aiškinimo taisykles jis turi modifikuoti taip, jog galutinis rezultatas – teismo sprendimas – padėtų teisę unifikuoti ir jį galima būtų panaudoti tarptautiniu mastu. Tai paprastai galima pasiekti tik interpretuojant *lyginamąją teisę:* kai teisėjas į šį procesą įtraukia lyginamosios teisės duomenis. Jis gali panaudoti tas užsienio teisės normas, kurios buvo imamos pavyzdžiu kuriant nacionalinės teisės normas ir kurias dabar reikia interpretuoti. Teisėjas turi atsižvelgti ir į tai, kokias išvadas interpretuojant teisės normas, kurių turinys neaiškus, yra padariusi teismų praktika ir teisės doktrina užsienyje; be to, teisėjas gali šalinti teisės spragas – atskleisti ir pasinaudoti bendraisiais teisės principais, egzistuojančiais nagrinėjamosiose teisės sistemose.

Palyginkime šiuo klausimu Lutterio, Krophollerio, p. 258, 298 ir kt., nuomones. Be abejo, šiuo atveju kalbama apie sunkų ir pretenzingą uždavinį, kuris gali būti užkrautas „nacionaliniam" teisėjui, unifikuotą teisę taikančiam tik retkarčiais. Aiškinant ir vykdant unifikuotą teisę, egzistuojančius nacionalinius skirtumus galima eliminuoti tik suteikus atitinkamų įgaliojimų Tarptautiniam Teismui. Europos Sąjungos šalims tai pirmiausia yra Europos Bendrijų Teismas, kuris savo gausiuose sprendimuose racionaliai ir sėkmingai naudojo lyginamąjį teisės metodą. Palyginkime šiuo klausimu Bleckmanno, Daigo, Pescatore'o ir Martiny (ten pat) veikalus.

IV.

1. Svarbi lyginamosios teisės funkcija – *jos vieta akademiniame mokyme*. Tiek dėl teisės mokslo apskritai, tiek dėl teisės universitetų bei teisės mokyklų būtų teisinga pasakyti, jog pasitenkinimo savimi lydimas apsiribojimas nacionalinės teisės tyrinėjimais, pasaulio visuomenei vis labiau integruojantis, yra ne kas kita kaip kvailas atsilikimas. Lyginamoji teisė teisės mokslų studentui suteikia: pagarbą kitų tautų teisinei kultūrai, gilesnį nacionalinės teisės suvokimą, perteikia nacionalinės teisės tobulinimo kritiką, teisės normų socialinio pagrindo suvokimą ir susipažinimą su teisės institutų morfologija. Kartu ugdomi ir praktiniai įgūdžiai. Šiuo atveju reikėtų paminėti lyginamosios teisės naudą, teikiamą kolizinei teisei, tarptautinių sutarčių interpretavimui, bendradarbiavimui tarptautiniuose teismuose ir arbitražuose bei viršnacionalinėse valdymo institucijose, ir ne paskutinėje vietoje – tarptautinei teisei unifikuoti. Auganti teisininkų karta, o galbūt ir vėlesnės kartos, susidurs su neregėto masto teisės „internacionalizacija". Šioje vietoje išryškėja lyginamosios teisės mokomoji reikšmė: ji parodo, jog galiojanti teisė yra tik viena iš teisinio reguliavimo galimybių; ji įsvirkščia veiksmingą priešnuodį aklam tikėjimui dogmomis; leidžia įgyti patirties, jog tai, kas kartais įvilkta į prigimtinės teisės rūbą, tampa visiškai nieko vertu dalyku, kai tik yra peržengiama bet kuri valstybės

siena. Lyginamoji teisė skatina suprasti tai, jog nacionalinis dogmatizmas ir nacionalinės klasifikacijos yra būtini, tačiau šiandien jie yra tik stiklo karoliukų žaidimas ir todėl negali padėti tobulinti galiojančios teisės funkcinės charakteristikos bei didinti jos efektyvumo.

2. Priešingai tam, kas išdėstyta aukščiau, lyginamosios teisės vieta akademiniame mokyme iki šiol yra iš tiesų kukli, nors jos padėtis per paskutinius dešimtmečius neabejotinai yra sustiprėjusi.

Vokietijos Federacinėje Respublikoje lyginamosios teisės mokymas yra nevienalytis ir prieštaringas. Lyginamosios teisės įvadas skaitomas beveik visuose universitetuose. Jo turinį sudaro šios disciplinos uždaviniai ir metodai, jų santykis su kitomis „tarptautinėmis" disciplinomis ir pasaulio teisės apžvalga. Paskaitos, kurios tikslingai supažindina su konkrečia teisine sistema, pavyzdžiui, Prancūzijos, arba su grupe giminingų teisės sistemų, pavyzdžiui, bendrosios teisės, yra jau daug rečiau pasitaikantis reiškinys, o ten, kur mokymo planuose tokių paskaitų vis dėlto yra, aiškiai matyti, jog linkstama nagrinėti vieną iš šių šalių teisės sistemų. Silpniausiai išplėtotas konkrečių teisės institutų lyginimas, vadinasi, tam tikra teisės sritis, pavyzdžiui, sutarčių sudarymo teisė arba įmonių teisė nuo pat pradžių nagrinėjama lyginamuoju požiūriu, todėl nacionalinės taisyklės kiekviename žingsnyje ir *paru passu* priešpriešinamos funkciškai giminingoms kitų teisinių sistemų taisyklėms. Jeigu mokymo planą vidutiniškai galima vertinti kaip patenkinamą, susidaro nykus, net beviltiškas vaizdas, jeigu klausiama, kokia vieta lyginamajai teisei tenka lyginamajame nacionaliniame *egzamine*. Tuo labiau kad pastaroji vieta nulemia lyginamosios teisės vietą akademiniame mokyme. Lyginamoji teisė nepakilo iki disciplinos, iš kurios laikomas egzaminas, nors per egzaminus kartais pateikiama klausimų, susijusių su šia teisės mokslo šaka, kad dėstytojas patikrintų egzaminuojamojo „teisinę kultūrą". Jei studentas pasirinko konkrečią „pasirenkamų disciplinų grupę", tai egzamino objektu gali būti ir kitos disciplinos, įeinančios į šią pasirenkamų disciplinų grupę. Savaime suprantama, šios disciplinos per egzaminus nėra tokios svarbios kaip pagrindinės, iš kurių laikomas egzaminas. Tačiau kai kuriose Vokietijos žemėse lyginamoji teisė labai nevykusiai yra suplakta į vieną pasirenkamų disciplinų grupę kartu su šeimos arba su paveldėjimo teise. Mažai paguodžia tai, jog ir daugelyje kitų Europos šalių yra skundžiamasi teisinio mokymo provincialumu; palyginkime šiuo klausimu pranešimus apie padėtį Belgijoje *(Meulders-Klein)*, Prancūzijoje *(Mouly)*, Graikijoje *(Yokaris)*, Didžiojoje Britanijoje *(Jolowicz)*, Italijoje *(Sacro)* ir Šveicarijoje *(Stoffel)*. Visi šie pranešimai yra išspausdinti Rev.in.dr.comp. 40 (1988) 703.

Vokietijoje teisininkų mokymas neatidėliotinai papildomas lyginamąja teise, tačiau tam iškyla niekur kitur neegzistuojanti ypatinga kliūtis. Kitose Europos šalyse patys teisės fakultetai gali spręsti, kaip ir kokiu mastu tam tikruose mokymo planuose numatytos disciplinos bei egzaminai bus derinami prie besikeičiančio pasaulio poreikių. Teisės fakultetai Vokietijoje šios laisvės neturi ir ateityje jos neturės, lygiai kaip neišnyksta ir visas kitas iniciatyvas šioje srityje užgniaužiantis prakeiksmas: tai yra valstybinių egzaminų sistema, kuria vokiečiai išsiskiria ne tik iš Europos, bet kone ir iš viso pasaulio. Pagal šią sistemą baigiantis studijoms valstybė baigiamąjį egzaminą priima kaip egzaminą „eksternu" ir detaliomis įstatyminėmis nuostatomis apibrėžia šio egzamino turinį. Vadinasi, niekas nepriklauso nuo konkretaus atskiro fakulteto mokymo plano kokybės, jo turinio apimties bei individualumo ir tie rezultatai, kuriuos studentas pasiekia savo studijų universitete metu, neturi jokios reikšmės valstybinio egzamino rezultatui. Tokia situacija susiklosto taip, tarsi studentas šių rezultatų būtų pasiekęs

kuriame nors užsienio universitete. Ji galėtų pasikeisti tik tuo atveju, jei Vokietijoje būtų prieita prie teisininkų rengimo „dereguliavimo“, taigi jei valstybinio egzamino vietoje, kaip tai yra visame pasaulyje, būtų rengiamas universitetinis egzaminas, ir kartu su tuo universitetai pagaliau įgytų veiklos laisvę ir, žinoma, neabejotinai pasistūmėtų link konkurencijos.

Tokio dereguliavimo perspektyvos šiuo metu nėra geros, nes Federalinių žemių teisingumo ministerijos (su kai kuriomis girtinomis išimtimis) pačios nori išsilaikyti valstybinį egzaminą. Nusistovėjusios sistemos nenori keisti ir daugelis fakultetų. Laukiantieji „dereguliavimo“ ir čia savo viltis turi sieti su Europos Sąjunga. Jei dėl paslaugų ir judėjimo laisvių atsiradęs didesnis skaičius jaunų užsienio teisininkų, įgijusių gerą tarptautinį išsilavinimą, įsiverš į Vokietijos teisinių paslaugų rinką, šie reiškiniai turėtų atkreipti dėmesį tų politinių jėgų, be kurių įsikišimo egzaminus organizuojančių teisingumo ministerijų ir, deja, tenka tai pripažinti, kai kurių teisės fakultetų pasipriešinimas negali būti įveiktas.

3. Jei pabandytume ką nors pasakyti apie lyginamosios teisės, kaip mokomosios disciplinos, pageidaujamą ir galimą ateitį, šią temą reikėtų svarstyti plačiau. Į akis krinta esama faktinė teisės mokslų dėstymo padėtis, kai nuolat didėja teisinės medžiagos srautas. Anksčiau iš esmės buvo mokoma privatinės teisės, todėl šalia baudžiamosios teisės, kurios apimtis daugmaž išliko ta pati, atsirado konstitucinės, administracinės, ūkinės, darbo ir socialinio aprūpinimo teisės medžiagos gausybė: šių teisės šakų studijos yra būtinos, kad suprastume moderniąją teisę. Vargu ar ateityje lyginamąją teisę (ir teisės sociologiją) galėsime „įskiepyti“ į šią masę. Tuo remdamiesi galime daryti išvadą, jog ateityje lyginamosios teisės tyrimo rezultatai turės būti integruoti į nacionalinį teisės mokymą. Vadinasi, sprendžiant konkrečią problemą pirmiausia būtina susipažinti su pavyzdžiais, kaip tokios problemos sprendžiamos kitose šalyse, kurių teisės sistemos yra aukšto lygio. Paskui kritiškai svarstoma, koks problemos sprendimas mūsų visuomenei *hic et nunc* yra geriausias.

Tik taip nacionalinėje teisėje įtvirtintas sprendimas įgyja savą profilį, tik taip išryškėja reformų bei teisės tobulinimo prasmė ir tik taip pavyks parodyti, jog tam tikrose srityse, pavyzdžiui, sutarčių sudarymo, civilinės atsakomybės ir įmonių teisėje egzistuoja arba pradeda plėstis bendraeuropinė *Ius commune*.

Iš išdėstyto aukščiau išplaukia, jog lyginamosios teisės vadovėlis neprivalo studento galvą prikimšti papildomų žinių apie užsienio teisę; atvirkščiai, tokio vadovėlio funkcija turėtų būti *approaches* ir kritinių argumentų, su kurių pagalba išryškinamos akivaizdžios konkrečios problemos, pateikimas studentui. Galiausiai tai reiškia, jog „nacionaliniai“ vadovėliai turi būti parašyti naujai, su lyginamuoju kontekstu, o žvelgiant į tolesnę perspektyvą, visi teisės dėstytojai turėtų įvaldyti lyginamąjį metodą, kad galėtų savarankiškai pasirūpinti reikiama informacija.

Tai, ką mes galvojame, trumpiau ir tiksliau 1934 metais išsakė Roscoe'as Poundas:

What is aimed at by such a course [scil in comparative law] may be done more effectively by a group of teachers who are conscious of the possibilities of comparative law in their daily teaching and know how to realize those possibilities. Hence I suggest that the law teacher of the future should ground himself in comparative law and should bring out continually other modes of treatment of the questions he takes up from the standpoint of our law, as shouwn by the civil law and

the modern codes, just as he canvasses the modes of treatment in different english speaking jurisdictions. I suggest that he continually seek to lead the student by concrete examples to appreciate that there is no one doctrine or rule or institution or conception for every case in every land in every time. In other words, I believe comparative law will best be taught, for the purposes of our professional instruction, in the course of teaching the law of the land, except as graduate students are able, after due training in the civil law, to go deeply into some of its particular problems (ten pat, p. 168). Prieš tokį „integruotą" teisės mokymą yra pasisakę *Schlesingeris* ir *Neumayeris* (jubiliejinis leidinys, *Zweigert*, p. 507); palyginkime prieš tai *Kötzo* nuomonę, RabelsZ (1972) p. 570.

V.

1. *Teisės unifikacija: sąvoka ir nauda.* Svarbi lyginamosios teisės funkcija – rengti viršnacionalinius teisės unifikacijos projektus. Ši teisės unifikacija, viena vertus, yra teisinės politikos programa, skirta tam, kad susitariant dėl viršnacionalinės teisės principų ir dėl to, ko galima norėti ir ką galima daryti, būtų išlyginti ir pašalinti įvairių teisės sistemų skirtumai. Teisės unifikacijos realizavimo būdas iki šiol buvo ir dabar dažnai yra toks, jog lyginamosios teisės ekspertai paruošia „unifikuoto įstatymo" projektą ir įtraukia jį į tarptautinės daugiašalės sutarties tekstą. Ši sutartis valstybes – sutarties dalyves – įpareigoja nustatyti, jog unifikuotas įstatymas galioja, ir taikyti jį valstybės vidaus teisėje. Viršnacionalinės teisės (ES direktyvos ir nutarimai) dėka teisės unifikacija yra vis svarbesnė valstybėms – Europos Sąjungos narėms.

Patyrimas moko, jog teisinėje tikrovėje kurios nors teisės šakos unifikacija yra įgyvendinama ne pagal iš dangaus nuleistą idealų įstatymą, o tik šitaip: tai, kas sutampa, tampa unifikuoto normatyvinio darinio dalimi, o nacionaliniai skirtumai išlyginami taip, kad unifikuoto normatyvinio darinio dalimi tampa geriausias variantas arba lyginimo būdu sukurtas naujas normatyvinio reguliavimo modelis, kuris yra geresnis ir praktiškesnis nei visi egzistuojantys sprendimai. Tačiau be lyginamosios teisės neįmanoma rasti tapatybių ir skirtumų, konsonansų ir disonansų. Be jos negalima įvertinti, kuris normatyvinio reguliavimo modelis yra tinkamiausias. Kaip tokio parengiamojo darbo pavyzdį galėtume paminėti Ernsto Rabelio veikalą *Das Recht des Warenkaufs* I (1936, naujas leidimas 1957) ir II (1958), turėjusį esminės reikšmės tarptautinei pirkimo ir pardavimo teisės unifikacijai.

Unifikuota teisė yra naudinga tarptautinei teisinei apyvartai. Dėl tokių unifikuotų įstatymų nebereikia taikyti tarptautinės privatinės teisės su visomis jos problemomis, ir ne mažiau pavojingos užsienio materialinės teisės. Unifikuota teisė sumažina tarptautinės teisinės apyvartos „teisinę riziką", kuri sukuria problemas savo veiklą planuojančiam prekybininkui *ex ante*, lygiai kaip ir teisinį ginčą nagrinėjančiam teisėjui *ex post*. Taigi unifikuota teisė sukuria geresnių numatymo galimybių ir patobulina teisines garantijas. Tarptautinės teisės unifikavimo sutartys paprastai yra orientuotos į tai, kad jas ratifikuotų visos šios Žemės valstybės, tačiau iki šiol nėra tokios sutarties, kuri būtų pasiekusi šį tikslą. Iki šiol visas unifikacijas, veikiant faktinėms aplinkybėms ir visai ne pagal jų idėją, riboja jų galiojimas tam tikroje teritorijoje. Nuo šių unifikacijų reikia skirti tas pastangas unifikuoti teisę, kurios nuo pat pradžių yra sumanytos mažesnei teritorijai (regioninė teisės unifikacija, pvz., Skandinavijos arba Beniliukso šalyse; šiai unifikacijos rūšiai priklauso ir teisės derinimas, numatytas Europos Sąjungos sutartyje).

Sudaryti tarptautinę daugiašalę tarpvalstybinę sutartį ir ją taikyti kaip unifikacijos instrumentą kiekvienu atveju yra sunku, todėl galvojama apie kitus būdus. Taikymo požiūriu mažiau problemiškas ir mažiau įpareigojantis metodas būtų parengimas unifikuotų įstatymų – modelių, kuriuos priimti šalims yra tik rekomenduojama; tai būdas, praktikuojamas teisei unifikuoti pirmiausia Jungtinėse Valstijose ir Britanijos Sandraugos šalyse.

René Davidas enciklopedijoje išspausdintame savo straipsnyje siūlo tokias priemones: tarptautiniams santykiams *sukurti naują pasaulinę ius commune*, o toliau – tarp tautų išplatinti metodą, kuris Jungtinėse Valstijose yra praktikuojamas kaip JAV teisės sąvadas *(Restatement of the Law)*. Taigi nors Jungtinių Amerikos Valstijų federacinėje stuktūroje kiekviena valstija turi savo civilinę ir prekybos teisę ir federacijos kompetencija įstatymų leidyboje šia prasme yra labai apribota, bendrosios teisės tradicija lemia, jog egzistuoja labai išsivystęs unifikuotos teisės branduolys. Ši unifikuota teisė yra pažymėta visose sąvadu vadinamose knygose visoms teisės šakoms, o papildomi šių knygų tomai pabrėžia nukrypimus nuo šios teisės kiekvienoje valstijoje.

Taip yra sutinkamos visos idėjos, kurių tikslas – intensyvesnis teisės derinimas. Apskritai *įstatymų-modelių metodas*, kuris yra parengtas remiantis lyginamąja teise, labai kruopščiai, mums atrodo perspektyviausias.

Vieną iš bendrosios normų-principų teisės rūšių – greta teisės unifikacijos kuriant *lois uniformes* – sukuria tarptautiniu mastu suderintos arba viena į kitą labai panašios Bendrosios sutarties sudarymo sąlygos ir tam tikrų sričių civilinė apyvarta. (*En gros* prekyba žaliavomis, bankai, draudimas, transportas.) Galima paminėti bendrąsias Londono grūdų prekybos asociacijos sutarties sąlygų nuostatas, Europos ekonomikos komisijos tiekimo sąlygas mašinų ir įrengimų eksportui ir vadinamuosius INCOTERMS užrašus (pvz., *fob* išlyga, *cif* išlyga ir t.t.) bei Tarptautinių prekybos rūmų Paryžiuje daromus užrašus „Unifikuotos direktyvos ir papročiai dėl dokumentinių akredityvų“. Kai kas šiame normatyviniame reguliavime mato naują, nevalstybinę teisės sistemą *(lex mercatoria)*, kuri formuojasi ir jau realiai egzistuoja (plg. *Spickhof*, RabelsZ 56 [1992] 116 ir *Kropholler*, Internationales Privatrecht [1994] 11 Paragraph II. 13. Abu šie autoriai pateikia nuorodas į daugybę šaltinių).

2. *Sritys ir instrumentai.* Nuo XIX amžiaus pabaigos vykstanti teisės unifikacija rezultatų davė pirmiausia privatinėje, prekybos, ūkinėje ir darbo teisėje, intelektinės nuosavybės, verslo apsaugos ir transporto teisėje (geležinkelio, jūrų ir oro transporto teisėje) bei tam tikrose procesinės teisės normų grupėse, šiuo atveju pirmiausia pripažįstant užsienio teismų bei arbitražo sprendimus. Ten, kur privatinės materialinės teisės unifikacijos pasiekti negalima, kolizinių normų unifikacija vis dėlto galima pasiekti tai, jog su užsieniu susijusios bylos, nepriklausomai nuo jų teismingumo vienos ar kitos šalies kompetentingai institucijai, bus sprendžiamos pagal iš esmės tas pačias teisines normas (sprendimų darna).

Realybėje teisės integraciją skatinantys veiksniai geriausiai funkcionuoja tarptautinėje plotmėje, privatinę teisę visame pasaulyje veikdami plačiąja prasme.

Šioje knygoje bent apytikriai išvardyti ligšiolinius teisės unifikacijos rezultatus nėra įmanoma (plg. šiuo klausimu *Zweigert/Kropholler*, Quellen des Internationalen Einheitsrechts [1971 ir kt.]). Reikia pabrėžti Tautų Sąjungos ir Jungtinių Tautų nuopelnus vertybinių popierių ir tarptautinių komercinių arbitražų teisėje, Tarptautinio Romos privatinės teisės unifikavimo instituto (*Unidroit*, įsteigtas 1926) nuopelnus unifikuojant prekių pirkimo ir pardavimo teisę, Hagos

valstybių konferencijos nuopelnus tarptautinėje privatinėje teisėje ir įvairių tarptautinių organizacijų nuopelnus transporto bei verslo apsaugos teisėje. Pažymėtinas Jungtinių Tautų 1966 metų nutarimas įsteigti Tarptautinę prekybos teisės komisiją (UNCITRAL), kuriai yra pavesta derinti tarptautinės prekybos teisę ir plėtoti unifikaciją. Jos didžiausias laimėjimas yra 1980 metų Vienoje priimta Tarptautinio prekių pirkimo ir pardavimo sutarčių konvencija (plg. šiuo klausimu v. *Caemerer/Schlechtriem,* Kommentar zum Einheitlichen UN – Kaufrecht [1995]).

3. *Patirtis.* Entuziastingos vienos pasaulinės teisės sukūrimo programos jau senokai vengė minties, kad tik blaiviai įvertinti tarptautinės teisinės apyvartos poreikiai gali pritarti svarbių jėgų, be kurių dalyvavimo negali pavykti joks teisės unifikacijos projektas, įsikišimui. Šie poreikiai pirmiausia išryškėja aukščiau išvardytose teisės šakose ir institutuose (mažiau žemės teisėje, šeimos ir paveldėjimo teisėje), bet ir ten tik tam tikroms normų grupėms arba atskiriems teisės institutams.

Būtina įvertinti sunkumus, kurie veikia prieš unifikuotos teisės parengimą ir jos galiojimo nustatymą vidaus teisėje. Jie turi psichologinių priežasčių (rutina, nacionalinis išdidumas), profesinių priežasčių (skirtinga teisinė terminija ir teisinis mąstymas, kurie turi būti įveikti intensyviu paruošiamuoju lyginamosios teisės darbu) bei politinio pagrindo: sunku įtikinti nacionalinius parlamentus *in toto* akceptuoti tarptautinėse konferencijose parengtus projektus. Šiuos sunkumus bandoma sumažinti, ir unifikuotos teisės taikymo sfera yra apribojama nustačius, jog unifikuotos teisės turinys yra taikomas tarptautiniams santykiams. Šiuo atveju kiekvienoje valstybėje narėje vienas šalia kito yra taikomi du teisės normų kompleksai. Taip yra daroma, pavyzdžiui, pirkimo ir pardavimo teisės institute: nacionalinė pirkimo ir pardavimo teisė galioja teisiniams santykiams šalies viduje, ir, priešingai, „tarptautinėms pirkimo ir pardavimo sutartims“, taigi tokioms sutartims, kurių šalių buveinės yra skirtingose valstybėse, galioja Tarptautinės prekybos teisės konvencija, jei ji galioja toje valstybėje, kurios teismas turi nagrinėti bylą.

Kai nacionaliniai teismai taiko unifikuotą teisę, iškyla pavojus, jog tam tikroje srityje pasiekta tarptautinė teisės unifikacija vėl nukentės nuo įvairaus unifikuoto įstatymo aiškinimo. Ruošiant unifikuotos teisės projektus šiam reiškiniui galima užkirsti kelią tik iki tam tikros ribos. Kaip vienodą nacionalinės teisės taikymą užtikrina Aukščiausiasis revizijos arba Kasacinis teismas, taip ir vienodą unifikuotos teisės taikymą ilgainiui gali išsaugoti tik Tarptautinis Teismas. Vienodą *Europos Sąjungos teisės* aiškinimą laiduoja Europos Bendrijų Teismas (EEB sutarties 164 str.). Labai sveikintina, jog valstybės – ES narės – šiam teismui papildomai suteikė kompetenciją aiškinti ir tokius teisinius terminus, kurie buvo panaudoti tam tikruose, pagal Europos ekonominės bendrijos sutarties 220 straipsnį sudarytuose susitarimuose. Visur kitur, nepaisant menkų ir praktiniu požiūriu nereikšmingų išimčių, tokio teismo, kuris vienodai aiškintų tarptautinę unifikuotą teisę, kol kas nėra (šiuo klausimu plg. *Kropholler*, ten pat p. 137). Kol bus įstaigtas šis teismas, reikia pasitenkinti tuo, jog atskirų valstybių teismai, bent jau jų aukščiausieji teismai, vieni kitus informuoja apie jų unifikuotos teisės taikymo praktiką. Tačiau bet kuriuo atveju ten, kur unifikuota teisė teismų praktikoje yra interpretuojama įvairiai, kaip išeities neleistina griebtis nacionalinės kolizinės teisės normų ir pagal tai spręsti, ar, pavyzdžiui, konkrečiu atveju reikia taikyti Prancūzijoje, ar Vokietijoje unifikuotos teisės aiškinimo pagrindu priimtą sprendimą (plg. *Cour de Cassation* byloje *arrêt Hocke*, Rev. crit. 53 [1964] 264 ir BGH, IPRspr. 1962–1963, Nr. 44). Kiekvienos materialinės teisės *loi uniforme* turinys turi būti unifikuota materialinė teisė vietoj sprendimų pagal kolizi-

nę teisę. Vadinasi, unifikuota materialinė teisė tiesiog išstumia tarptautinės privatinės teisės taikymą. Kol nėra aukščiausios instancijos Tarptautinio teismo, kuris aiškintų *lois uniforme* (unifikuotus įstatymus), nori nenori valstybių aukščiausieji teismai turi vadovautis tokiu aiškinimu, kurį jie, palyginę su egzistuojančiais kitais aiškinimais, laikys teisingu ir geriausiu.

VI.

Teisės unifikacija, atliekama įstatymų leidėjo, nesvarbu, ar tai būtų tarptautinių sutarčių ratifikacija, ar Europos Sąjungos nutarimai ir direktyvos, daugelyje sričių yra būtina kaip priemonė prekybos kliūtims šalinti. Šiandien vis labiau abejojama, ar įstatymų leidyba yra geriausias kelias Europoje sukurti unifikuotą teisę. Nurodoma tai, kad iki šiol yra pavykę unifikuoti tik kai kuriuos atskirus klausimus ir kad šis fragmentinis unifikuotos teisės pobūdis dažniausiai vedė prie to, jog tam tikros srities teisė tapdavo margu chaosu, kurį sudarydavo pavienės nacionalinės ir unifikuotos teisės normų grupės, dažnai prieštaraujančios viena kitai. Tapdavo sunku išskirti reikiamas normas, jos remdavosi skirtingomis vertybėmis, ir visa tai lėmė, jog teisės taikymas būdavo ne supaprastinamas, o smarkiai apsunkinamas. Be to, dabar kur kas aiškiau nei anksčiau yra matoma, jog ėmus taikyti unifikuotą teisę jos galiojimą nustačiusios valstybės ir jų teismai netenka galimybės autonomiškai ką nors keisti ir kurti teisę ten, kur galioja unifikuota teisė. Taip nacionalinėse teisės sistemose atsiranda kliūtis, trukdanti priimti teisės pakeitimus, o teisės pritaikymo galimybės nebeegzistuoja net tada, kai to reikalauja naujai susiformavęs nacionalinis interesas. Neabejotinai tokiu atveju konkreti valstybė gali stengtis pakeisti unifikuotą teisę, tačiau norint tai pasiekti, paprastai reikia gauti kitų unifikuotos teisės sutartyje dalyvaujančių valstybių sutikimą, kuris bus gautas tik po daugybę metų trunkančių derybų arba gali būti ir visai negautas.

Palyginkime šiuo klausimu išsamiai *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 50 (1986) 1; *Behrens*, Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 50 (1986) 19.

Todėl šiandien jau pradedama suvokti, kad teisės unifikacijos per įstatymų leidybą *per se* siekti neverta, kad, priešingai, jos nauda turi būti blaiviai apskaičiuota ir lygiai taip pat blaiviai apsvarstytos jos išlaidos. Kartu didėja ir pasirengimas vėl prisiminti tai, ką teisės istorija ir lyginamoji teisė būtų galėjusios perteikti jau daug anksčiau, o būtent, supratimą, jog europinė teisės unifikacija užsimegs tik tada, jeigu mes sieksime ne vien tik šen bei ten pagal normatyvinį reguliavimą unifikuotų įstatymų, bet ir teisės mokslo, teisinės literatūros ir teisinio mokymo „europietinimo“. Mąstymas, jog visos teisės pagrindas yra vien įstatymai, jau seniai yra švietimo epochos numarinta klaidatikystė; lygiai kaip Vokietijos arba Prancūzijos teisės pamatas nėra vien tik Vokietijos arba Prancūzijos įstatymai, taip ir europinė teisė negalės remtis vien tik unifikuotų teisės normų leidyba. Todėl jau prieš daug metų Coingas teisingai pastebėjo, jog

Teisės unifikacija negali apsiriboti vien tik unifikuotų teisės normų leidyba, kaip tai bent iš dalies buvo tikima XIX amžiuje. Ji turi reikštis įvairiomis formomis, todėl reikia, kad ją lydėtų atitinkamas judėjimas teisės moksle, kuriuo vėliau galės remtis įvairių šalių teismų praktika... Mūsų pa-

reiga – mūsų šalyse dirbantiems teisininkams iš naujo sukurti bendrą pradinę sampratą, bendrą teisinio mąstymo tradiciją, kuri būtų palanki unifikuotos teisės normoms ir užtikrintų jų vienodą taikymą (Ius commune, nationale Kodifikation und internationale Abkommen, Drei historische Formen der Rechtsvereinheitlichung, atspausdinta: Le nuove frontiere del diritto, Atti del Congreso di Bari I [1979] 171, 192).

Neatsitiktinai šį reikalavimą iškėlė *teisės istorikas*. Coingas, kalbėdamas apie europiniam teisininkui bendros išankstinės teisės sampratos sukūrimą, neturi galvoje, jog ant *tabula rasa* bus sukurta kažkas visiškai nauja. Atvirkščiai, šiuo atveju daugiausia kalbama apie įsisąmoninimą to, kas laikinai užmiršta, būtent apie tą vidinę teisės vienybę Europoje, egzistavusią *Ius commune* galiojimo metu ir nusitęsusią iki XVIII amžiaus. Tik iškilus nacionalinei valstybei kodifikacijos idėja pergalingai žygiavo per Europą. Tai lėmė liūdną ir dažnai apgailėtiną teisininkų akiračio susiaurėjimą, kai buvo apsiribojama tik nacionalinės teisės žinojimu. Tačiau istoriniai teisės tyrinėjimai parodė, jog 200 metų teisinis nacionalizmas nesunaikino vieningo civilinės teisės Europoje pamato ir jog Anglijos bendrojoje teisėje jaučiama kontinentinės Europos teisinės kultūros įtaka.

Palyginkime *Zimmermann*, Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992, 8. *Schmidlin*, Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts? Atspausdinta: Vers un droit européen commun / Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht (Leidėjas: Schmidlin, 1994) 33; *Schulze*, Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht, ZEuP 1993, 442; *Knütel*, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, ZEuP 1994, 244; *Zimmermann* Der europäische Charakter des englischen Rechts, Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, ZEuP 1993, 4; *Gorla/Moccia*, A „Revisiting“ of the Comparison between Continental Law und English Law“ (16th–19th Century), J.Leg.Hist. 2 (1981) 143; *Moccia*, Englich Law Attitudes to the Civil Law, J.Leg.Hist. 2 (1981) 157; *Helmholz*, Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions?, Duke L.J. 1990, 1207; *Nörr*, The European Side of hte English Law, A Few Comments from a Continental Historian, atspausdinta: Coing / Nörr (Leidėjas), Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: Ein Forschungsprojekt (1985) 15; *Gordley*, Common Law and Civil Law: Eine überholte Unterscheidung, ZEuP 1993, 498; *Glenn*, La civilization de la common law, Rev.int.dr.comp. 45 (1993) 559.

Todėl lyginamajai teisei taip pat iškyla naujų uždavinių. Jos tikslas neturėtų būti vien tik teikti siūlymus konkrečiai nacionalinei teisei plėtoti. Kad ir kaip svarbu ir prasminga būtų, tačiau negalima nuneigti, jog lyginamoji teisė, kol ji yra šitaip vykdoma, vis išlaiko tą „nacionalinę spalvą“, nes nacionalines teisės sistemas ji vertina kaip tvirtą faktą ir iš tų skirtumų bei tapatumų, kuriuos ji įžvelgia, naudos siekia tik nacionalinės teisės plėtojimui. Tačiau ateityje lyginamosios teisės tikslai turėtų siekti dar toliau, būtent – pakilti virš nacionalinių teisės sistemų ir lyginamuoju pagrindu plėtoti savitą bendraeuropinę sistemą. Konkrečiose teisės šakose ir institutuose, kaip, pavyzdžiui, sutarčių teisė, deliktinė teisė, kreditų draudimo teisė, įmonių teisė, šeimos teisė – ji turėtų siekti parodyti, ar Europoje egzistuoja visuotinai priimtos normos, kokios yra šios normos ir ar jų plėtojimasis Europoje eina konvergencijos, ar divergencijos linkme. Laipsniškai turėtų rastis europinės teisės literatūros; joje konkrečios teisės šakos ir institutai nuo pat pradžių turėtų būti pateikiami pagal europinį standartą. Šios

literatūros ištakos negali būti konkreti nacionalinė teisė ir jos sistematika; ji negali apsiriboti ir tam tikros tautos skaitytojais. Natūralu, jog ji negali ignoruoti Prancūzijos, Vokietijos ar Anglijos teisės normų, tačiau jas gali nagrinėti kaip vienos didelės ir bendraeuropietiškos temos lokalines variacijas. Be to, reikia aprėpti visas politines ir socialines jėgas, kurios darė ir darys įtaką privatinės teisės raidai Europos šalyse: vartotojų apsaugai, aplinkos apsaugai, socialiniam aprūpinimui nelaimingo atsitikimo, ligos, nedarbo atvejais. Galima užsiimti ne tik pačios normos turiniu, bet ir jos atsiradimo bei taikymo procesais. Vadinasi, reikia tyrinėti Europos šalių įstatymų leidybos techniką, šiose šalyse taikomus teisės aiškinimo metodus, teismų sprendimų stilistiką, teisinį mokymą bei teisinių profesijų praktiką. Nepaisant to, kalbama ne tik apie duomenų surinkimą, apie tų duomenų lyginimą ir šio lyginimo pagrindu nacionalinės teisės tobulinimą. Priešingai, kalbama apie bendraeuropinės privatinės teisės suvokimą, kaip tyrimo ir mokymo objektą, bendrą Europos šalims.

Paskutiniaisiais metais šiais klausimais gyvai diskutuojama. Palyginkime, pvz., *Coing*, *David ir Sacco* veikalus, atspausdintus: New Perspectives for a Common Law of Europe (leidėjas: Cappelletti, 1978); *Kötz*, Gemeineuropäisches Zivilrecht, jubiliejinis leidinys, Zweigert, (1981) 481; *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, JBl. 1988, 477; *Coing*, Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW 1990, 937; *Hondius*, Naar een Europese rechtenstudie, Ned.Jur (Speciaal) 1991, 517; *Flessner*, Rechtsvereinheitlihung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, RabelsZ 56 (1992) 243; *Remien*, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, JZ 1992, 277; *to paties autoriaus,* Ansätze für ein Europäisches Privatrecht, ZvglRWiss (1988) 105; *Ulmer*, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, JZ 1992, 1; *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, JZ 1993, 13; *to paties autoriaus,* Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht (1991); toliau palyginkime *Kötz*, A Common Private Law for Europe; *Koopmans*, Toward a New „Ius commune"; abu atspausdinti: The Common law of Europe and the Future of Legal Education (Leidėjas: de Witte/Forder, 1992) 31; *Kramer*, Vielfalt und Einheit der Wertungen im Europäischen Privatrecht, jubiliejinis leidinys, Koller (1993) 729; *Goode*, The European Law School, Leg. Stud. 13 (1994) 1. Nuo 1993 metų leidžiami du žurnalai, kurie savo pavadinimuose gana deklaratyviai yra įrašę Europos privatinės teisės raidą: (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, European Rewiew of Private Law). 1980 įsteigta „Commission of European Contract Law", pirmininkaujama *Lando*, užsiima The Principles of European Contract Law parengimu; palyginkime šiuo klausimu *Lando*, Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation, RabelsZ 56 (1992) 261; *Drobnig*, Ein Vertragsrecht für Europa, jubiliejinis leidinys, Steindorf (1990) 1149. Per tą laiką *Commission of European Contract Law* (Europos sutarčių teisės komisija) pateikė pirmuosius savo darbo rezultatus; palyginkime *Lando/Beale* (leidėjas), *The Principles of European Contract Law*, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies (1995) ir *Zimmermann*, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts JZ 1995, 477.

1989 metais Europos Parlamentas Strasbūre priemė nutarimą (AB1.EG C 158/400, atspausdinta: RabelsZ 56 [1992] 320), kuriame reikalaujama, kad „būtų pradėti darbai unifikuotam Europos privatinės teisės kodeksui parengti". Kyla nemažai abejonių, ar Europos šalyse tokiam sumanymui užtenka politinės valios, ar tikrai yra praktinis poreikis ir ar Europos Sąjungai yra suteikta kompetencija priiminėti tokius sprendimus.

Šiuo klausimu palyginkime *Tillmann*, Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, jubiliejinį leidinį, Oppenhoff, (1985) 495; *to paties autoriaus*, ZEuP 1993, 498; Gandolfi, Pour un code européen des contrats, Rev.int.dr.comp. 91 (1992) 707; *Lando*, Is Codification Needed in Europe?, Eur.Rev.P.L. 1 (1993) 157; *Mengoni*, L'Europa dei codici o un codice per L'Europa (1993); toliau palyginkime Towards a European Civil Code (Leidėjas: Hartkamp et.al., 1994) atspausdintus darbus.

Šiaip ar taip, neabejotina, jog be nuodugnaus mokslinio paruošimo parengti Europos civilinį kodeksą yra neįmanoma. Tai rodo istorinis patyrimas. Prancūzijoje XVI ir XVII a. buvo daugybė žymių autorių, pavyzdžiui, Dumoulinas, Coquille, Domatas, kurie iš įvairiuose Prancūzijos kraštuose galiojusios papročiais grįstos teisės ir iš Pietų Prancūzijos perimtos romėnų teisės pamažu sukūrė *droit commun français*, kuri, griežtai žiūrint, niekur negaliojo tiesiogiai, tačiau moksliškai parengė Prancūzijos teisės unifikaciją taip, jog vėliau *Code civil* per keturis mėnesius galėjo būti perkeltas ant popieriaus. Kai Eugenas Huberis 1893 metais paskelbė savo darbą *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechs* (Šveicarijos privatinės teisės istorija ir sistema), griežtai žiūrint tokios teisės, kaip „Šveicarijos privatinė teisė", dar nebuvo, o buvo tik daugybė kantoninių privatinės teisės sistemų. Huberio didžiausias laimėjimas yra tas, jog aprašydamas kantonuose galiojusią teisę savo idėjas jis orientavo į tuo metu tik teoriškai egzistavusią Šveicarijos privatinę teisę, ir kai vėliau Šveicarijos konfederacija galiausiai nusprendė unifikuoti privatinę teisę, Huberio veikalas buvo jos esminis mokslinis pagrindas. Panaši užduotis iškyla ir šiuolaikiniam teisės moksliniam tyrimui. Jo metodas taip pat turi būti lyginamasis; be abejo, jo objektas yra ne Prancūzijoje galiojusi paprotinė teisė ir ne kantoninė teisė Šveicarijoje, o šiandien galiojanti Europos šalių kontinentinė teisė. Tai milžiniškas uždavinys! Jei mums pavyktų šią užduotį įgyvendinti, turėtume mokslinius pagrindus, kurių mums reikės, kai vėliau dėl politinių ir praktinių priežasčių iškils būtinybė sukurti Europos civilinės teisės kodeksą.

3. LYGINAMOSIOS TEISĖS METODAS

Ancel, Utilité et méthodes de droit comparé (1971); *Drobnig*, Methodenftragen der Rechtsvergleichung im Lichte der „International Encyclopedia of Comparative Law", veikale: Ius privatum gentium, Festschrift für Max Rheinstein I (1969) 221; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Band II: Die rechtsvergleichende Methode (1975); *Dölle*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, RabelsZ 34 (1970) 403; *Eörsi*, Comparative Civil (Private) Law (1979); *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1964); *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 4 tomai (1975–1977), *Gamillscheg*, Das Werkzeug der Arbeitsvergleichung, Festschrift Zweigert (1981) 433; *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung (1955); *Kahn-Freund*, Comparative Law as an Academic Subject, L.Q.Rev. 82 (1966) 40; *Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, RabelsZ 54 (1990) 203; *Neumayer*, Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung, veikale: Recueil des travaux suisses présentés au Congrès international de droit comparé 9 (1976) 45; *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1925), atspausdinta: Rabel, Gesammelte Aufsätze III (Leidėjas: Leser, 1967) 1; *to paties autoriaus*, Die Fachgebiete des Kaiser-Wilchelm-Instituts für ausländisches und internationales Pri-

vatrecht, veikale: 25 Jahre Kaiser-Wilchelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften III (1937) 77, atspausdinta: Rabel, Gesammelte Aufsätze III (Leidėjas: Leser, 1967) 180; *Rheinstein*, Comparative Law – Its Functions, Methods and Usages, Ark.L.rev. 22 (1968) 415; atspausdinta: Gesammelte Schriften I (1979) 251; *to paties autoriaus*, Einführung in die Rechtsvergleichung (1987); *Rodière*, Introduction au droit comparé (1979); *Sandrock*, Über Sinn und Methode der zivilistischen Rechstvergleichung (1966); *Schlessinger*, The Common Core of Legal Systems, An Emerging Subject of Comparative Study, veikale: Twentieth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema (1961) 65; *F. Schmidt*, The Need for a Multi-Axial Method in Comparative Law; Festschrift Zweigert (1981) 525; *Zacher* (Leidėjas), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs (1977); *Zweigert*, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, Fetsschrift Bötticher (1969) 443; *to paties autoriaus*, Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung, Festschrift Schmitthoff (1973) 403.

I.

Gustavo Radbrucho nuomone, paprastai būna taip, jog „mokslai, kurie atranda priežastį išplėtoti mokymą apie savo metodą, yra sergantys" (Einführung in die Rechtswissenschaft [1969] 253). Žinoma, mes nemanome, jog ši diagnozė tinka moderniajai lyginamajai teisei. Viena, lyginamosios teisės specialistai visame pasaulyje yra visiškai laisvi pasirinkti metodus ir juos taikyti, o iš tiesų jie vis dar tebėra eksperimentavimo stadijoje. Apie lyginamąjį teisės metodą iki šiol dar mažai rašyta, tad nėra ligos simptomo. Tai pasakytina ir apie jau seniai taikomą „įstatymų leidybos" lyginamąją teisę, kuri nuo didžiųjų kodifikacijų Vakarų Europoje laikų yra nuolat sėkmingai praktikuojama ir dėl šio pasisekimo be jokių metodinių skrupulų toliau funkcionuoja kaip lyginamoji ir kritinė tiek nacionalinių įstatymų, tiek įvairaus pobūdžio tarptautinio teisinio reguliavimo rengimo medžiaga. Lygiai tas pat pasakytina apie lyginamąją teisę kaip *teisės mokslo* kritinį metodą Rabelio prasme, ir jo mokymo pagrindu. Tačiau šiuo atveju priežastys visgi yra kitokios. Lyginamosios teisės disciplina dar šiandien yra tokia jauna, jog užtikrinto metodinio kanono iš viso negalima reikalauti. Teisingas metodas ir šiandien kiekvienu atskiru atveju turi būti randamas bandymais. Todėl vienas iš patikrintų lyginamosios teisės specialisto patarimų yra tas, kad jo metodas negali būti smulkiai nustatomas iš anksto, o daugių daugiausia gali būti formuluojamas kaip hipotezė, kuri vėliau pagal lyginamojo teisės darbo rezultatus gali pasirodyti tinkama ar netinkama, duodanti praktinę naudą arba ne. Mintis, kad lyginamosios teisės pagrindus, tikslus ir metodus galima apibrėžti *a priori* iš teisinės ir filosofinės arba sisteminės išeities pozicijos, buvo ankstesnių teorinių projektų, iš kurių ankstesniame skyriuje pateikėme keletą pavyzdžių, pagrindinė klaida. Ir šiandien labai abejotina, ar lyginamosios teisės moksle apskritai yra galimas loginiu požiūriu išvestinis, sisteminis mokymas apie metodą, kuris galėtų pretenduoti į neklystamumą. Atvirkščiai, egzistuoja regimybė, tarytum lyginamojoje teisėje, kaip ir kitose teisės mokslo šakose, jau nekalbant apie teisės taikymo praktiką, visuomet liks tam tikra sritis, kai padėti gali tik teisinis kvalifikavimas, *common sense* ar netgi inspiracija. Nes ten, kur kalbama apie kritinį vertinimą, apie geresnio sprendimo galimybę, lemiamu kriterijumi dažnai gali būti tik praktinė nauda, tiesiog aiškus tikslingumas.

„Sergančiu mokslu" pagal Radbruchą šiandien atrodo ne lyginamoji teisė, o teisės mokslas kaip visuma. Tradicinis, be jokios refleksijos savimi pasitenkinantis dogmatizmas vis la-

biau pasirodo kaip savęs apgaudinėjimas, tačiau turintis ir nelauktai atsparaus gyvybingumo; nauji, realistiškesni metodai kilo iš įvairių pagrindų, pirmiausia iš empirinių ir sociologinių, tačiau juos laikyti mūsų teisinio mąstymo realybe būtų matymas tik to, ką nori matyti. Vienas iš naujų metodų yra ir lyginamoji teisė, ir ji yra kaip tik tinkamiausias metodas teisės mokslui suteikti naują realistinį pagrindą. Ji parodo ne tik dogmatinio ir sisteminio mąstymo tuštumą, tačiau yra priversta atsigręžti į gyvenime tiesiogiai reikalingus teisinius poreikius ir abstrahuotis nuo nacionalinės dogmatikos, taigi lyginamoji teisė kuria savo naują sistemą, kuri yra orientuota į šiuos poreikius ir todėl yra tinkama bei funkcionaliai pajėgi spręsti dalykinius klausimus. Ji ne tik kritikuoja, tačiau ir gali geriau suprasti teisinę medžiagą, pasiekti geresnio suvokimo ir galiausiai kurti kokybiškesnę teisę. Todėl intensyviai taikyti lyginamąjį teisės metodą yra prasminga: ne todėl, kad lyginamoji teisė „serga", o dėl to, jog serga teisės mokslas, o lyginamoji teisė yra geras vaistas.

Galiausiai tai yra ne tik *mąstymo metodas* – suma kriterijų, kurie turi užtikrinti teisinį rezultatą, bet ir darbinis metodas: kaip reikia pradėti lyginamąją teisės veiklą? Pradedančiajam tai turi būti įvadas, atskleidžiantis, koks patyrimas jau yra sukauptas, kad naujokas tuščiai neeikvotų laiko ir pastangų.

II.

Pirmiausia kiekviename lyginamosios teisės tyrime iškeliamas klausimas arba darbinė hipotezė, trumpai tariant *idėja*, be kurios intelektiniame pasaulyje nieko nevyksta. Dažnai vien savos teisės sistemoje priimto sprendimo nepakankamas lygis verčia ieškoti, ar užsienio teisės sistemoje nėra įgyvendintas geresnis variantas. Antra vertus, tiesiog grynas, išankstinių tikslų neturintis užsienio teisės sistemų tyrinėjimas gali paaštrinti nacionalinio sprendimo kritinį mąstymą ir taip sukurti darbinės hipotezės idėją.

Visos lyginamosios teisės pagrindinis metodinis principas, iš kurio kyla visos kitos metodinės nuostatos – lygintinų teisės sistemų atranka, tyrimo apimtis, sistemos kūrimas ir pan. – yra *funkcionalumas*. To, kas nelyginama, naudingai lyginti negalima. Teisėje tik tai gali būti lyginama, kieno tie patys uždaviniai ir kas vykdo tas pačias funkcijas. Šis teiginys atrodo savaime suprantamas, tačiau jame slypi daugybė implikacijų, kurios išplaukia iš lyginamojo teisės patyrimo ir, be kita ko, naujokams nėra prieinamos. Šis teiginys remiasi pagrindiniu lyginamuoju teisės patyrimu, būtent tuo, jog kiekviena visuomenė teisei kelia iš esmės tuos pačius uždavinius, bet įvairiose teisinėse sistemose šie uždaviniai, net jei rezultatai ir yra vienodi, sprendžiami labai skirtingais būdais. Todėl kiekvieno lyginamojo teisės darbo pirminis klausimas turi būti keliamas vien funkciniu požiūriu – tiriamoji problema suformuluojama abstrahuotai nuo savos teisės sistemos sąvokų. Todėl neklausiama, kokios sandorių formos nuostatos yra žinomos užsienio prekių pirkimo ir pardavimo institute. Geriau klausti, kaip užsienio teisėje šalys yra saugomos nuo neapgalvoto skubėjimo arba nuo savitarpio pareigų atsiradimo, kai jos iš tiesų neketino sudaryti sandorio? Neklausiama, kaip užsienio teisėje atrodo Vokietijos teisėje žinomas pirminio paveldėjimo institutas ir antrinio paveldėtojo paskyrimas, jei pagrindinis paveldėtojas dėl kokių nors priežasčių nepaveldi. Tačiau bandoma surasti, kaip užsienio teisėje yra įtvirtinamas palikėjų poreikis užtikrinti galimybę įpėdiniams priimti palikimą po to, kai nuo teisės į palikimą atsiradimo yra praėjęs ilgas laiko tarpas? Arba: tik Vokietijoje yra žinomas nepagrįsto praturtėjimo institutas pagal Vokietijos CK 818 str. 3 d., ta-

čiau interesų konfliktas, kilęs atliekant neįvykdytos sutarties restituciją, kai skolininkas nebegali įvykdyti savo prievolių, vienaip ar kitaip turi būti išspręstas visame pasaulyje. Jokiu būdu problemos nagrinėti negalima remiantis nacionalinės teisės terminais, nes lyginamosios teisės dėmesio objektas visada yra konkreti dalykinė problema.

Pradedantysis, per daug greitai padaręs išvadą, kad tam tikrai problemai užsienio teisės sistemoje „nieko negalima rasti", paprastai susiduria su funkcionalumo principu. Net labiausiai patyręs lyginamosios teisės specialistas į dalykinę problemą nesąmoningai gali žvelgti pro savo teisės sistemos akinius ir nustatyto atitinkamo reguliavimo užsienio teisėje ieškoti tik *toje* sistemos vietoje, kurioje jis tikisi jį rasti remdamasis nacionalinės teisės patirtimi. Jeigu dirbant lyginamosios teisės darbą užsienio teisėje „nieko nėra", tai pirmiausia rodo tai, kad dar kartą reikia apgalvoti išeities poziciją ir išvalyti ją nuo visų dogmatiškų nusistatymų, nulemtų nacionalinės teisės sistemos. Ypač mums, vokiečių teisininkams, iškyla didelis pavojus likti surakintais savo pačių dogmatikos: mūsų gerai išlavintame, sisteminiais terminais pagrįstame mąstyme labai lengvai linkstame mūsų sistematiką ir mūsų mąstymo metodus tiesiog laikyti prigimtiniais. Tik tuo atveju, jei svetima teisės sistema ištiriama visais įmanomais būdais, o kaip paskutinė priemonė rekomenduojama užklausti tos šalies teisininkų, ir jei šis tyrimas lieka be rezultatų, galima konstatuoti, jog iš tiesų šioje teisės sistemoje problemos sprendimo nėra. Taip atsitinka retai ir tai nėra neįmanoma, tačiau tai nėra pagrindas nutraukti lyginamąjį teisės tyrimą. *Kodėl* svetimoje teisės sistemoje neegzistuoja tam tikro problemos sprendimo poreikio, jau vien šio fakto analizė gana dažnai veda prie vaisingų išvadų nacionalinės arba svetimos teisės atžvilgiu. Kartais būna taip, jog aiškaus problemos sprendimo savoje teisėje iš tiesų nereikia, kad jo reikia tik moksliškai paruoštos kodifikacijos tobulinimui; tokio reguliavimo pavyzdžiu gali būti Vokietijos CK 118 straipsnyje nustatytas juokais sudaryto sandorio teisinis reguliavimas. Kartais apibrėžtas poreikis patenkinamas papročiu arba socialiniu įpročiu; problemos sprendimas niekad nebuvo nustatytas teisine forma. Panašiai būna, kai tam tikro teisinio reguliavimo poreikis yra neigiamas dėl su svetima socialine struktūra susijusių priežasčių. Tada turėtų būti tiriama, iš kur kyla toks iškraipytas teisingumo supratimas; tai leidžia daryti įdomias išvadas ir savos teisinės sistemos atžvilgiu.

„Negatyvi" funkcionalumo principo pusė yra ta, kad lyginamojoje teisėje visiškai reikia atsisakyti nacionalinių teisinių ir dogmatinių prietarų. Kaip atrodo „pozityvioji" pusė: į kokias svetimos teisės šakas ir institutus reikia įsiskverbti, kad rastume problemos sprendimo atitikmenį savoje teisėje?

Tiriant užsienio teisę būtina vengti bet kokio apribojimo. Tai labiausiai pasakytina dėl klausimo, ką reikia vertinti kaip „teisės šaltinį". Teisės šaltinis lyginamajame teisės tyrime yra visa tai, kas formuoja arba padeda formuoti teisinį gyvenimą nagrinėjamojoje sistemoje. Taigi lygintojas turi naudotis tais pačiais šaltiniais kaip ir užsienio teisės sistemoje dirbantis teisininkas, ir jiems turi teikti tokią pat vertę ir tokį pat „svorį" kaip šis teisininkas. Šia apimtimi ir šiose ribose reikia studijuoti įstatymus ir paprotinę teisę, teismų praktiką ir teisės mokslą, tipines sutartis ir bendrąsias sandorio sudarymo sąlygas, prekybos papročius. Tai absoliutus reikalavimas lyginamajam metodui. Bet yra reikalaujama daugiau, ir Rabelis preliminariai sako: „Formuluokime savo uždavinius taip griežtai, kaip to reikalauja mokslinis idealas." Toliau jis sako:

> Mąstymo apie teisės problemas apimtis turi būti visos Žemės teisė, istorinė ir šiandieninė, teisės ryšys su žeme, klimatu ir rase, su istoriniu tautų likimu – karu, revoliucija, valstybių steigimu,

pavergimu, su religiniu ir etiniu mąstymu; su atskirų asmenų garbės troškimu ir kūrybine galia; prekių gamybos ir vartojimo poreikiu; sluoksnių, partijų, klasių interesais. Veikia visų rūšių intelektinės kryptys, nes ne feodalizmas, liberalizmas ar socializmas kuria vis kitokią teisę, o pasirinkto teisinio kelio nuoseklumas ir ne paskutinėje vietoje – valstybinio ir teisinio idealo ieškojimas. Visa tai tarpusavio sąveikoje nulemia socialinę, ekonominę ir teisinę formą. Po saule ir vėju mirguliuoja ir virpa kiekvienos išsivysčiusios tautos teisė. Visi šie vibruojantys kūnai kartu sudaro dar niekieno žvilgsniu neaprėptą visumą.

Jei šie žodžiai turėtų reikšti, kad visa ši informacija turi būti įgyta sisteminiame tyrime ir jau egzistuoti prieš tai, kol bus galima „išdrįsti" dirbti lyginamosios teisės darbą, tada realiai turėtų būti pasakyta: reikalaujama per daug! Jei šie žodžiai, priešingai, turi reikšti, kad lyginamosios teisės specialistas turėtų stengtis nuolatos gilinti savo žinias apie užsienio teisę, pirmiausia apie didžiąsias pasaulio teisės šeimas ir nuolat sekti aktualią informaciją, tada šie žodžiai yra teisingi.

Dažnai ir įsakmiai nurodoma gausybė duobių, spąstų ir klystkelių, galinčių sustabdyti ar net visiškai suklaidinti. Jų negalima katalogizuoti ar visiškai pašalinti jų buvimo ir dėl to, kad labai sėkmingai vis labiau pereinama prie daugiataučių komandų atliekamų lyginamųjų teisės tyrimų. Ypač naujoką galėtų padrąsinti Eichendorfo šūkis: „Saugokis, būk budrus ir žvalus", ir tuo jį paguosti, kad net nuovokiausias lyginamosios teisės specialistas vis daro klaidų ir kad šioje gildijoje radosi geras paprotys, kai „atleistino" ribose, tarsi paskleidžiant šio „amato" patyrimą, yra priimta ne tyčiotis, o geranoriškai pataisyti. Yra žinomas sąmojingas Rabelio posakis apie „su strėlėmis tykančius čiabuvius" ir laukiančius lyginamosios teisės specialisto (plg. RabelsZ 16 [1951] 341), bet tai neturėtų gąsdinti.

III.

Kokią sisteminę fantaziją turi parodyti lyginamosios teisės specialistas, jeigu jis užsienio teisės sistemoje nori atrasti tų normų, kurios funkcine prasme yra lygiavertės tam tikroms nacionalinėms normoms, galima parodyti daugeliu pavyzdžių. Kai kurie iš jų vėliau turėtų būti aptarti išsamiai. Kontinento teisininkui idealia, jei iš viso ne vienintele, atrodo *įstatyminio atstovavimo* idėja, kurios dėka neveiksnūs asmenys, kaip, pavyzdžiui, mažamečiai, globotiniai ir psichiniai ligoniai, gauna galimybę dalyvauti teisinėje apyvartoje. Mąstymas, jog pagal įstatymą kiekvienam vaikui nuo jo gimimo dienos atstovauja plačius atstovavimo įgaliojimus turintis asmuo (tebūnie tai iš bėdos netgi Jaunimo tarnyba), mums atrodo tiek savaime suprantamas dalykas, jog niekas tuo neabejoja. Ir vis dėlto paaiškėjo, jog bendrojoje teisėje labai gerai yra apsieita be tokio atstovavimo. Pavyzdžiui, tėvai ten neturi teisės arba pareigos automatiškai atstovauti vaikui teisinėje apyvartoje ir ypač teisme. Procesuose, kuriuose nepilnametis yra aktyvus proceso dalyvis, jam atstovauja teismo *ad hoc* paskirtas *next friend* (teismo pareigūnas, ginantis nepilnamečio ar neįgalaus asmens interesus), o kai nepilnametis procese turi likti pasyvus, jam atstovauja lygiai taip paskirtas *guardian ad litem* (teismo paskirtas nepilnamečio atstovas konkrečiai bylai). Jeigu nepilnametis tampa įstatyminiu paveldėtoju, teismas nustatytais atvejais paskiria *administrator durante minore aetate*. Tam tikromis aplinkybėmis nepilnametis gali būti paskelbtas teismo globotiniu, kai teismas pirmiausia pats įgyja atstovavimo įgaliojimus, kuriuos jis vėliau paprastai perduoda kitiems asmenims. Tuos

uždavinius, kuriuos kontinente valdydamas nepilnamečio turtą vykdo „įstatyminis atstovas“, bendrojoje teisėje atlieka ypatingi patikėtiniai *(trustees)*. Tai yra senas angloamerikiečių teisinis paprotys, kad turtas, kuris yra skiriamas nepilnamečiui, niekada nėra perduodamas jam tiesiogiai, o visada tik patikėtiniui, kuris turtą turi valdyti nepilnamečio naudai. Pasirodo, jog teisinės politikos poreikis, kontinente suprantamas unifikuotai ir reguliuojamas su unifikuotos teisės instituto pagalba, bendrojoje teisėje yra išskaidytas į atskirus institutus. Visus šiuos poreikius tenkina teisiniai institutai, beveik visada gaubiami garbingų istorinių šaknų aureolės (šiuo klausimu smulkiau plg. 32 str. III). Nenorime slėpti, jog anglų sistemos neaiškumas, kad ir koks senas jis būtų, užmuša bet kokį norą pamėgdžioti jau pačioje šio noro užuomazgoje.

Žinoma, būtų pernelyg skubota tvirtinti, jog tik kontinentinės teisės sistemos, kurios savo polinkiu abstrahuoti išplėtodavo plačios apimties, puikiai suformuluotus teisinius terminus, kuria kilniaširdiškai suformuluotas sąvokas. Tuo tarpu bendroji teisė savo daugiau induktyviniu improvizaciniu metodu linksta į tai, kad konkretūs poreikiai būtų patenkinti *ad hoc* išrastais teisiniais institutais. Kad teiginys galioja ne be išimčių, rodo pavyzdys, kuriam esant situacija yra priešinga ir paaiškėja, kad tos pačios funkcijos įvairiose teisės sistemose yra realizuojamos vienodai, net jei šias funkcijas atliekantys teisiniai institutai skiriasi istorine kilme ir dogmatiniu vaidmeniu. Mes turime omenyje angloamerikiečių patikėjimo teisę *(trust)*. Šio teisinio instituto pagrindas yra genialiai paprasta idėja: kai teisės į tam tikrą turtą priklauso daugeliui asmenų taip, jog vienas, pavadintas patikėtiniu, šį turtą gali valdyti ir juo disponuoti, o kiti asmenys iš šio turto turi teisę gauti nustatyto dydžio pajamų, ir šie poreikiai laiko atžvilgiu tenkinami vienas po kito. Ši vieninga idėja bendrojoje teisėje yra taikoma šeimos ir paveldėjimo teisėje, fondų teisėje, įmonių ir akcijų teisėje, net nepagrįsto praturtėjimo teisėje; ši idėja padeda tenkinti ir poreikius, kuriuos visi neabejotinai žinome ir kontinente, tačiau pas mus jie gali būti tenkinami įvairiapusiais, labai nevienalyčiais, daugelį teisinių institutų apimančiais instrumentais.

Nesunkiai galime pateikti ir daugiau panašių pavyzdžių. Pas mus įgyvendintas *rei vindicatio* arba *actio negatoria* poreikis kitur yra tenkinamas ieškiniu dėl neteisėtų veiksmų, ieškiniais dėl alimentų išieškojimo – dėl viešosios socialinės pagalbos, ieškiniais, kylančiais iš paveldėjimo turtinių santykių – dėl paveldėjimo teisinių formų ir atvirkščiai. Visais šiais atvejais, be abejo, vis dar yra taip, jog tai, ką turime susieti, vis dar yra *teisinės* normos (nors ir su skirtingu nacionaliniu atspalviu). Tačiau gana dažnai lyginamosios teisės specialisto tyrimai turi būti platesni. Paprastai jis nustato, jog funkcinis normos atitikmuo svetimoje teisės sistemoje egzistuoja ne kaip teisinė norma, o kaip tam tikri *neteisinio pobūdžio fenomenai*, kuriuos galima įžvelgti tik tyrinėjant juridinius faktus. Šiai kategorijai priklauso kai kurios į vadovėlius nepatenkančios bendrųjų sutarties sudarymo sąlygų formos, kurios kai kurias pozityvias, įstatymu arba teismo sprendimu nustatytas normas padaro nevartojamas. Šiai kategorijai priklauso ir nerašytinės prekybos papročių normos, kurios nebyliu susitarimu prekyboje dalyvaujantiems asmenims tam tikrose situacijose draudžia naudotis teisės sistemoje įtvirtintais įgaliojimais. Būna atvejų, kai konkreti socialinė problema, kuri, mūsų supratimu, turi būti reguliuojama teisės normomis, užsienyje lieka teisiškai visiškai nesureguliuota, nes ji yra reguliuojama kitais veiksmingais mechanizmais. Savaime suprantama, tai turi būti tiriama ir įtraukta į lyginamąją veiklą; jei tebebūtų konstatuojama, jog užsienio *teisė* nereguliuoja konkrečios problemos, tai būtų neteisinga ir pateiktų iškreiptą šios teisės vaizdą, jeigu pats poreikis šioje užsienio teisėje iš tiesų yra patenkinamas kokiu nors kitu būdu.

Pastarojo atvejo pavyzdžiu gali būti ofertos teisiniai padariniai. Pagal Vokietijos teisę (Vokietijos CK 145 str.) oferentas pagal savo paties nustatytą arba atitinkamą terminą su siūlymu yra susietas taip, jog nebegali tos ofertos atšaukti. Bendrojoje teisėje, jei jos normos nėra pakeistos įstatymų leidėjo iniciatyva, oferentas iki ofertos priėmimo laisvai gali atšaukti savo siūlymą, net jei jis ir pareiškė, kad nori laikytis konkretaus termino. Abiejų teisės sistemų teisinė *tikrovė*, be abejo, yra skirtinga. Vokietijos prekybos apyvartoje yra žinoma dažnai pasitaikančių ir dažnai jau bendrosiose sandorio sudarymo sąlygose įvardytų išlygų, kaip antai: „lieka savo nuožiūrai", „be įsipareigojimų", „lieka tiekimo galimybė"; be to, kad pašalinamas teisinio santykio atsiradimas, šios išlygos gali reikšti netgi tai, jog termino neribojama oferta teisine prasme nebėra joks siūlymas, o tik *invitatio offerendi*. Atvirkščiai, bendrojoje teisėje išplėtojo tam tikrus institutus, su kurių pagalba praktikoje atsižvelgiama į laisvo atšaukiamumo principą. Todėl čia egzistuoja ypatingas interesas, jog savavališkam atšaukimui ir neteisiuose prekybos papročiuose būtų sukurtos veiksmingos kliūtys: teisine prasme leidžiama atšaukti ofertą, tačiau yra laikoma tai nesąžininga ir todėl jo yra vengiama (plg. 26 str. V).

Į kokias dar neteisines apraiškas lyginamosios teisės specialistas turėtų atkreipti dėmesį? Visose išsivysčiusiose pasaulio teisinėse sistemose (taip norėtųsi tikėti) egzistuoja teisės nuostatos, reguliuojančios tokią problemą: kaip žemės sklypo arba įkeitimo teisės į žemės sklypą įgijėjas yra saugomas nuo to, jog dėl iki tolei nežinomų trečiojo asmens teisių į šį žemės sklypą jam atsiranda žala. Bet čia, kaip ir anksčiau, Vokietijos žemės kadastro sistema su joje įtvirtinta įtrauktų į žemės kadastrą teisių prezumpcija yra aukšto lygio. Kitos šalys, pirmiausia Prancūzija, paskutiniais dešimtmečiais ėmė sekti Vokietijos pavyzdžiu. Ir angloamerikiečių teisinė sistema jau ilgą laiką eksperimentuoja registro sistemomis, tačiau iki šiol geriau sekėsi tik kai kuriuose tankiai apgyventuose miestų rajonuose. Iš esmės Anglijoje ir Jungtinėse Valstijose liko senoji nuosavybės perdavimo teisės *(conveyancing)* sistema: įgijėjo advokatas patikrina pardavėjo pateiktus dokumentus dėl to, ar iš jų be spragų galima nustatyti asmenų, turinčių teisę į tą žemės sklypą, eilę. Ši nuobodi ir brangi sistema Jungtinėse Amerikos Valstijose leido suklestėti *Title Insurance Companies*. Tai yra privačios draudimo įmonės, apdraudžiančios interesanto turtą nuo žalos, galinčios atsirasti jam dėl to, kad jo teisė į žemės sklypą kaip nors yra apsunkinama trečiojo asmens teisėmis į tą patį žemės sklypą. Draudimo įmonė tokią draudimo sutartį sudaro tik tada, kai patikrina savo pačios turimus duomenis ir nustato, kad teisę į konkretų žemės sklypą turinčio trečiojo asmens atsiradimo galimybė yra menka. Šios draudimo įmonės tam tikrose vietovėse paprastai turi monopolį ir savo verslu užsiima jau nuo šimtmečio pradžios, todėl lengva įsivaizduoti, kad jos praktiškai disponuoja spragų neturinčia dokumentacija, kuri atlieka tą patį vaidmenį kaip ir žemės kadastro knygos Vokietijoje. Apie *conveyancing* ir *Title Insurance Companies* palyginkime išsamiame *v. Hoffmanno* lyginamajame teisės tyrime *Das Buch des Grundstückkaufs* (Žemės sklypų pirkimo ir pardavimo knyga; 1982).

Pateiktieji pavyzdžiai rodo kitą lyginamosios teisės specialisto atliekamuose tyrimuose dažnai aptinkamą fenomeną, jog būtų galima bandyti, net jei ir šiek tiek perdėtai, kalbėti apie lyginamosios teisės konstituciją: įvairios teisinės sistemos, nepaisant savo istorinio plėtojimosi, teorinės ir sisteminės sandaros bei stiliaus skirtumų taikant jas praktiškai visgi veda prie tokių pačių arba stulbinamai, dažnai iki smulkmenų, panašių sprendimų tais pačiais gyvenimo klausimais. Daugelis žmogiškojo bendrabūvio sričių yra paveiktos ypač stiprių moralinių ir dorovinių vertinimų, kilusių iš dabartinių religinių pažiūrų, istorinių tradicijų, civilizacijos raidos arba tau-

tinio charakterio ypatybių ir todėl įvairiose tautose gali skirtis taip, jog šias gyvenimo sritis reguliuojančių teisės normų sutapimą galima nustatyti tik nedidele apimtimi. Ar sudarant testamentą galinčių būti įpėdiniais asmenų ratą reikia apriboti palikėjo giminių, ar žmonos naudai, kokiomis sąlygomis gali būti nutraukta santuoka, ar dviem tos pačios lyties asmenims gali būti leista sudaryti santuoką (ar jie gali pasirinkti teisinį režimą, panašų į santuoką), ar nesudarę santuokos asmenys gali įvaikinti – visa tai yra klausimai, į kuriuos įvairiose teisės sistemose atsakoma skirtingai. Progai pasitaikius šis atsakymas yra pateikiamas su tokiu moraliniu patosu, jog teismai, jei jie kolizinės normos pagrindu turi taikyti užsienio teisę, netgi pradeda svarstyti, ar konkrečiu atveju vietinė *odre public* nedraudžia taikyti užsienio teisės. Realybėje lyginamoji teisė paprastai atsimuša į „apriorines vertybines nuostatas", kurios stebėtojui neleidžia pasakyti, ar vienas sprendimas yra geresnis, ar blogesnis už kitą.

Taip Europos Sąjungai, nepaisant dešimtmečius trukusių pastangų, nepavyko sukurti Europos akcinės bendrovės *(Societas Europaea)*, kuri visose valstybėse–Europos Sąjungos narėse veiktų pagal tas pačias nuostatas. Pagrindinė kliūtis yra ta, jog šiose valstybėse gyvuoja gana skirtingos sampratos dėl to, kokiomis formomis ir ar iš viso tokios bendrovės institucijose darbuotojai turėtų dalyvauti priimant sprendimus. Negalima perlenkti skirtumų tarp Anglijos ir kontinentinės procesinės teisės, tačiau kai kurie jų remiasi iš senovės atėjusiu ir giliai įsišaknijusiu mąstymu, sudarančiu teisinės kultūros sudedamąją dalį. Pavyzdžiui, niekas negalėtų atkalbėti anglų teisininko nuo to, jog civiliniame procese turi būti sprendžiama kitaip nei per *trial*, taigi per vienintelį, nepertraukiamą, koncentruotą žodinį bylos nagrinėjimą, kai kiekviena šalis nesustabdžius bylos teisėjui pateikia teiginius, įrodymus, teisinius samprotavimus, ir šis po to priima sprendimą (plg. 18 str.).

Ir jei nekreipsime dėmesio į tokius ypač smarkiai vertybinių ir moralinių nuostatų paveiktus klausimus, o atsigręšime į likusią, palyginti „nepolitinę" privatinę teisę, tai ir vėl reikės konstatuoti, jog visose išsivysčiusiose pasaulio teisės sistemose tokie pat teisinės apyvartos poreikiai yra tenkinami taip pat arba panašiai. Todėl norėtųsi kalbėti tiesiog apie *praesumptio similitudinis*, apie praktinių sprendimų panašumo prezumpciją. Ji gali būti naudinga ir metodine prasme. Lyginamojo teisės tyrimo pradžioje ji gali pasitarnauti kaip euristinis principas: tyrėjui ji gali nurodyti teisingą kelią ir parodyti, kurias užsienio teisės ir teisinės tikrovės dalis reikia „perkratyti", kad atitikmenų ir panašumų akivaizdoje rastume galimų tokios pat rūšies praktinių sprendimų. Darbo pabaigoje minėtoji prezumpcija yra tarytum rezultatų teisingumo kontrolės rodiklis: jei lyginamosios teisės specialistas, remdamasis tyrinėtos medžiagos visuma, konstatuoja sprendimų lygintose teisės sistemose tapatumą ar bent jų panašumą, jis galėtų būti patenkintas; jei jis aptinka įvairovę ar net visišką priešybę praktiniam problemų teisiniam sprendimui, jis turėtų tai pasižymėti ir imtis pakartotinio tyrimo. Pastarojo tyrimo metu jis turėtų ištirti, ar teisingai ir pakankamai radikaliai suformulavo klausimą apie teisės institutų funkciją, ir ar pakankamai išplėtė savąjį tyrimą.

IV.

Anksčiau parodėme, kaip ir kokia apimtimi lyginamosios teisės specialistas turi atlikti medžiagos tyrimą, nes tai glaudžiai yra susiję su lyginamosios teisės tikslu bei prasme, su tam tikru *mąstymo* metodu. Prieš tai iškyla *atrankos* problema: kokias teisės sistemas įtraukti į

lyginimo procesą. Atrinktai nacionalinės teisės sistemai turi būti taikomas kuo giliau siekiantis įsiskverbimo principas, o pačiai atrankai – išmintingas apribojimo principas. Tai išplaukia ne tiek iš to, jog sunku į viską atsižvelgti, kiek iš patyrimo, kad tyrinėjimo neapribojus siauresniu nacionalinių teisės sistemų ratu, tyrinėjimo nauda neatitiktų įdėtų pastangų. Šio patyrimo priežastys – gilios. Išsivysčiusios nacionalinės teisės sistemos yra recepcijos ir plataus pamėgdžiojimo objektas, ir kol imituojanti sistema (vadinamoji „dukterinė teisė") išlaiko pobūdį tos sistemos, iš kurios save kildina, ji mėgsta derinti sprendimo originalumą ir subalansuotumą, kuriuo pasižymi „įžymi" nacionalinė teisės sistema, pati likdama už „motininės" teisės sistemos ribų. Taigi lyginamosios teisės specialistas gali tenkintis tuo, jog bus ištyrinėta „motininės teisės" sistema; į „dukterinę" teisės sistemą jis gali nekreipti dėmesio. Tačiau aplinkybės būna labai įvairios, ir ką tik iškelta tezė yra labiau darbinė hipotezė nei užtikrintas lyginamosios teisės metodikos pasiekimas.

Čia negalima elgtis be atodairos, tai rodo ir ta aplinkybė, jog privatinėje teisėje romanų teisinę erdvę įtraukus į lyginimą, būtina atsižvelgti ne tik į Prancūziją, kaip „motininę teisės sistemą", tačiau ir į Italiją, nes šioje šalyje civilinės teisės dogmatikos idėjų gausa yra ypač įspūdinga ir toliau skatinama neseniai atliktos kodifikacijos, po kurios teisės moksle buvo įveiktas grynai aiškinamasis metodas. Šių faktų akivaizdoje lyginamosios teisės specialistas turės ir galės įsipareigoti giliau ištyrinėti Iberijos pusiasalio teisines sistemas.

Apie bendrosios teisės teisinę erdvę reikėtų kalbėti panašiai. Jei jau XVIII a. lyginamoji teisė būtų buvusi atliekama taip, kaip atliekama šiandien, tada tyrėjas būtų galėjęs apsiriboti Anglijos teisės tyrimu ir nesidomėti Šiaurės Amerikoje galiojančia teise. Visiškai kitaip, jei ne atvirkščiai, yra šiandien: Anglija ir Jungtinės Amerikos Valstijos, kaip motininė ir dukterinė teisės sistemos, priklauso tai pačiai bendrosios teisės šeimai. Tačiau Jungtinių Amerikos Valstijų teisė šioje teisinėje erdvėje įgavo savitą pobūdį, tad lygintojas klystų, jei tirdamas Anglijos teisę į tyrimą neįtrauktų Amerikos teisės.

Dėl apribojimo sunku pasakyti ką nors tinkamo visuotinai, nes tai priklauso nuo konkretaus tyrimo objekto. Jei kalbama ne apie atskirų institutų ar problemų sprendimų lyginimą, o apie ištisų teisės šeimų stilių lyginimą, paprastai pakanka ištirti didesniųjų teisės šeimų motininių sistemų elementus.

Kalbant apie atskirų klausimų studijas galima paminėti šią paprastą normą: sprendžiant „klasikines" civilinės teisės problemas, pirmiausia sutarčių teisėje, deliktinėje teisėje ir daiktinėje teisėje, anglosaksų teisinėje erdvėje iš esmės galima apsiriboti Anglija ir Jungtinėmis Amerikos Valstijomis, romanų teisinėje erdvėje – Prancūzija ir Italija, Vokietijos teisinėje šeimoje – Vokietija ir Šveicarija, nors pastaruoju atveju ne šioje teisinėje erdvėje subrendęs specialistas per „padidinamojo stiklo" sukeltą efektą skirtumus suvokia aiškiai. Šiaurės šalių teisinės erdvės įtraukimas, apsiribojant Švedija ir Danija, yra patartinas dėl tokio jos bruožo, kaip jose nusiteikta prieš dogmas, tačiau jis žlunga dėl trūkstamų kalbos žinių. Specialių teisinių problemų, kylančių už civilinės teisės reguliavimo sferos ribų, į tyrimą įtrauktinų teisės sistemų lyginimo principai bus kiti, tačiau ir čia negalima palikti neištirtų didžiųjų teisinių šeimų motininių teisės sistemų. Nagrinėjant tokią temą kaip kartelių teisė, iš Jungtinių Amerikos Valstijų galima tikėtis daugiau nei iš Prancūzijos; jei tai yra prekybos įmonių atsakomybės apribojimas, originalų sprendimą galima rasti Lichtenšteine, tik lieka neaišku, ar jis bus geresnis; jei tai korektiškumo procese klausimas, Anglijoje jam buvo skirta daugiau energijos nei kitose sistemose. Tai tik maža dalis pavyzdžių. Galiausiai pasitaiko ypač aktualių

teisės problemų, kurių įveikimas įstatymų leidyboje ir teismų praktikoje visame pasaulyje tebėra eksperimentavimo stadijoje. Šiuo atveju ir mažose valstybėse taikomiems teisinio reguliavimo pavyzdžiams reikėtų lyginamosios teisės specialisto dėmesio. Pavyzdžiui, jokios valstybės teismų praktika neturi tiek patirties laivininkystės teisėje kaip *Anglijos* teismai; ypač originalių sprendimų vartotojo, kaip draudėjo ir buto nuomininko, teisių apsaugai galima rasti *Švedijoje*; Kanados *Kvebeko* provincija žalos atlyginimą eismo nelaimių, o *Naujoji Zelandija* žalos atlyginimą visų nelaimingų atsitikimų atvejais sureguliavo pagal socialinio nelaimingų atsitikimų draudimo pavyzdį (plg. VI 42 str.); šeimos teisėje daugiausia galima pasimokyti iš *Skandinavijos* valstybių. Visa tai rodo, kad mūsų norma yra tik paprasta, nesudėtingais atvejais pritaikoma, ir kad lyginamosios teisės specialistas, norintis protingai atsirinkti iš tirtinų teisės sistemų, labai rimtai turi remtis patyrimu ir puikia nuojauta.

Tuo, jog atlikdamas tyrimą lyginamosios teisės specialistas iš esmės gali apsiriboti didžiosiomis „motininėmis teisės sistemomis“, neseniai suabejojo Drobnigas (ten pat). Jis nesutiko su tuo, kad anos „motininės teisės sistemos“ tikrai neturi originalių teisinių išradimų monopolio ir kad todėl reikia nagrinėti visas teisės sistemas pasaulyje, kurios lyginamosios teisės specialistą gali paskatinti spręsti savo problemą. Remiantis šia iš viso pasaulio surinkta medžiaga reikia rasti įvairius pasaulyje egzistuojančius tipinius aptariamos problemos sprendimus ir kiekvieną iš jų pateikti tokį, koks yra susiformavęs šį sprendimą reprezentuojančioje teisės sistemoje. Šią pažiūrą Drobnigas išplėtojo *International Encyclopedia of Comparative Law* fone, fone įmonės, kurioje, sukantis didžiulėms finansinėms lėšoms, dalyvauja šimtai lyginamosios teisės specialistų iš viso pasaulio ir kurią neperdėjus galima pavadinti „didžiuoju lyginamosios teisės tyrimu“ (plg. šiuo klausimu *Zweigert*, RabelsZ 31 [1967] 539). Tokio plataus sumanymo pretenzingi Drobnigo reikalavimai iš tiesų yra pagrįsti ir įvykdomi. Tam tikslui buvo apdairiai pasirūpinta tuo, kad kiekvienas dalyvaujantis tyrinėtojas per informacijos rinkimą bibliotekose, per besispecializuojančių kolegų ir informaciją teikiančių asmenų apklausas beveik kiekvienoje šalyje gali susidaryti išsamų pasaulio teisės sistemų vaizdą. Šiuo atveju be dalykinio patikrinimo iš tyrimo negali būti išskirta jokia nacionalinė teisės sistema, netgi tuo atveju, jeigu ji neturi sukaupusi didesnio teisinio patyrimo ir todėl joje priimami teisinio reguliavimo sprendimai nėra užgrūdinti teismų praktikos ir motyvuotos mokslinės kritikos ugnyje. Be abejo, ne visi lyginamieji teisės tyrimai šiandien yra atliekami remiantis pasauliniu mastu organizuotų komandų pagrindu, nors tai būtų pageidautina. Lyginamoji teisė ir šiandien yra prasminga ir būtina netgi ten, kur ja užsiima tik *vienas žmogus;* ji yra svarbi, netgi būtina ir tada, kai apima ne visą pasaulį, o tik *kai kurias* teisės sistemas. Kad šių aplinkybių fone turi būti daroma atranka, gali nuteikti skausmingai, tačiau to negalima išvengti dėl praktinių priežasčių. Anksčiau išvestos elementarios taisyklės tiek anksčiau, tiek ir dabar, mums atrodo, yra tinkamas atspirties taškas.

V.

Tyrinėjant atrinktas teisės sistemas nuolatinis, paprastai nesąmoningas lyginimas yra varomoji atrankos jėga ir atskyrimo pagrindas. Tikrasis lyginimo procesas, išeinantis už vien tik empirinio medžiagos suvokimo ribų, prasideda tik pateikus pranešimus iš šalių. Pasitvirtinęs tyrimo eigos ir kartu lyginamųjų teisės darbų suskirstymo modelis yra toks: pirmiausia rekomenduojama imtis šalių pranešimų, kuriuose referuojama apie tai, kas pagal iki šiol aptartus

principus yra rasta kiekvienai teisės sistemai ir kiekvienai teisės šeimai atskirai, vadinasi, be kritinio vertinimo, tačiau nepraleidžiant jokių svarbių niuansų. Lyginamojo teisės darbo skaitytojas arba vartotojas turi žinoti pagrindinę medžiagą, jei vėliau norėtų atlikti palyginimą. Kartais į tyrinėtą problemą reikia kitokio požiūrio, pavyzdžiui, jeigu problemą galima suskirstyti į atskirus klausimus arba ji yra praktiškai naudojama įvairiais tipiniais atvejais. Šiuo atveju rekomenduotina kiekvienam atskiram klausimui arba kiekvienam tipiniam atvejui skirti po atskirą skyrių, ir kiekviename iš šių skyrių panaudoti pranešimų iš šalių metodą.

Jeigu be komentarų sugretinsime įvairiose teisės sistemose praktikuojamus sprendimus, tai dar nebus jokia lyginamoji teisė; ji prasideda vėliau. Tai yra sunkiausia kiekvieno lyginamojo teisės darbo dalis ir jai beveik neįmanoma nustatyti tvirtų taisyklių; šiuo atveju labai svarbu atskirų problemų ypatybės ir jų sprendimo būdai įvairiose teisės sistemose. Galima suformuluoti tik labai neapibrėžtus tokių taisyklių bendro pobūdžio metmenis.

Savaime suprantama, negalima abejoti tuo, jog lyginamoji analizė išryškina sprendimų skirtumus. Būtent nuostaba dėl šių skirtumų ir yra pirmoji paskata lyginamajam tyrimui. Tačiau nedaug laimima, kai susisteminamos ir sugretinamos bendrybės ir skirtumai; iš esmės tai būtų pakartojimas, tik aštresne forma to, kas jau yra šių šalių pranešimuose. To užtektų ten, kur kiekvienos nagrinėjamos teisės sistemos problemos sprendimui yra rastas aiškus ir pirmiausia – suprantamas sprendimas. Kaip rodo mūsų pavyzdžiai, reikalai yra kur kas sudėtingesni, ir lyginamojo teisės tyrimo svertais yra kvalifikuojami tik probleminiai klausimai. Šiuo atveju lyginimas – tai įvairių sprendimų įžvelgimas naujų ir pirmiausia bendrų perspektyvų kontekste. Pranešime iš šalių, kuriame tik referuojama, dalykinei problemai tam tikroje teisės sistemoje spręsti rastas teisinis sprendimas yra plačios apimties, tačiau pateiktas *on its own terms*, pagal savo pačios įstatymų arba bylų praktikos suformuluotas normas, savo pačios teisiniais terminais ir pagal savo pačios sistemą; ką visa tai gali reikšti, jau aptarėme aukščiau. Priešingai, lyginant kiekvienas iš ištirtų sprendimų yra nagrinėjamas ir aptariamas visų kitų ištirtų problemų kontekste, o ne pagal santykį su sava teisės sistema. Šiuo atveju vėlgi būtina atkreipti dėmesį į funkcionalumo principą: ištirtos teisės sistemos sprendimus reikia išlaisvinti nuo visų šiose teisės sistemose vartojamų sisteminių teisės terminų, atpalaiduoti juos nuo vien nacionalinių dogmatinių bruožų ir vertinti išskirtinai tik funkcionalumo ir egzistuojančio teisinio poreikio patenkinimo atžvilgiu. Jei nustatoma, kad tokie pat uždaviniai yra sprendžiami skirtingai, reikia klausti, ar galima tam rasti priežasčių. Tai yra ypač pretenzingas ir sunkus sumanymas, nes į nagrinėjimą reikia įtraukti įtakos veiksnius iš viso socialinio gyvenimo. Tai reikia daryti ir tada, jeigu jie iš esmės yra kitų socialinių mokslų – ekonomikos, sociologijos arba politikos mokslų objektas.

VI.

Tolesnis žingsnis lyginimo procese – sudaryti sistematiką. Lyginamosios teisės sistemose ir specialių klausimų tyrimuose visiškai nesirūpinama sava sistematika bei savais sisteminiais terminais, jų kūrimu. Sistema turi būti tokia lanksti, jog galėtų apimti heterogeninius, tačiau funkcijomis palyginamus institutus. Pavyzdžiui, visose teisės sistemose yra jaučiamas poreikis atskirti teises ir pareigas sukuriančius sandorius nuo neįpareigojančių pareiškimų. Tačiau tokiam atskyrimui juridinės technikos kriterijai yra skirtingi. Teisės norminę galią galima sieti su griežtais formos reikalavimais (griežtai nustatyta forma, tipizuoti tikslai, atlygintinumas);

tačiau tolesnėje plėtros stadijoje ji gali būti pavesta teismo atliekamam aiškinimui. Šioje vietoje lyginamojoje sistemoje turi išryškėti terminas, apimantis tokius terminus, kaip *forma*, *causa* (tik viena iš šiam terminui būdingų daugelio reikšmių) ar *consideration* ir parodyti, jog čia kalbama apie reiškinius, kurie turi atriboti tai, kas galioja kaip teisė, nuo to, kas nėra teisė, pavyzdžiui, nuo „rimtų netiesioginių įkalčių".

Arba: buvo pasakyta, jog nepagrįsto praturtėjimo atveju nuostolių atlyginimo principas pripažįstamas visur (*Esser*, p. 367). Be abejo, šis principas vienaip ar kitaip egzistuoja visur, tačiau jo funkcijos yra visiškai skirtingos. Vienoje teisės sistemoje bus keliamas reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo, kitoje – dėl neteisėtų veiksmų, trečioje – reikalavimas dėl sutartinių nuostolių atlyginimo. Lyginamojoje sistemoje turėtų būti rastas bendrą funkciją apimantis teisinis terminas ar net keli tokie terminai, kartu su reikalavimais dėl nepagrįsto praturtėjimo apimantys ir kitus reikalavimus, kurių paskirtis yra tokia pat: galbūt neteisingai nukreipto mokėjimo grąžinimas, neteisėtai užvaldyto svetimo turto grąžinimas, neteisėto pasinaudojimo grąžinimas ir pan. (plg. šiuo klausimu *Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, jubiliejinis leidinys, Rabel I [1954] 333). Kitas atvejis yra paprastesnis: vietoj „negalėjimo" turi būti „sutarties pažeidimas", vietoje „padėjėjo atsakomybės sutarčių teisėje" – „padėjėjo atsakomybė deliktinėje teisėje" arba vietoje *respondent superior* turi būti taip: „atsakomybė už asmenų veiksmus". Geriau nei „atsakomybė už rizikos atsiradimą" arba *theorie de risque* yra „griežta atsakomybė" ir taip toliau.

Taip lyginamoji sistema įgauna labilios sistemos pobūdį: sisteminiai terminai pradedami suvokti plačiau nei nacionalinėse teisės sistemose. Nacionalinių teisės sistemų terminus išstumia pats lyginamosios teisės uždavinys – teisiniais terminais atspindėti gyvenimo fenomenus, kurie paprastai būna paslėpti, ir neatskleisti nacionalinės teisės sąvokų.

Taip lyginamoji teisė veda prie funkcinių kompleksų sistemos; jos terminai atskleidžia teisinius uždavinius, kuriuos gyvenimo sąlygos kelia teisei. Šie uždaviniai keliami visoms nacionalinės teisės sistemoms, funkcionuojančioms tokiomis pačiomis socialinėmis ir ekonominėmis sąlygomis. Taip gaunama įvairių sprendimų, nesvarbu, ar jie būtų įvairūs juridinės technikos, ar ir dalykine prasme. Šie sprendimai yra suvedami į pagrindžiamą santykį ir lyginami vienas su kitu. Kuo „tarptautiškesnis" yra lyginamosios teisės kūrinys, tuo reikalingesnė tampa tokia sistematika ir tokie terminai, tačiau didesnės pasidaro ir problemos. Visa tai aprašė Drobnigas (p. 228). Tokia užduotis, be kita ko, iškyla kiekvienos užsienio teisės bibliotekos vadovui, kuriam knygas reikia katalogizuoti ne pagal tautas (pagrindu imant viršnacionalinę sistematiką), o pagal specializuotas sritis.

Šioje vietoje tarptautinio teisės mokslo būtinybė tampa labai akivaizdi. Paaiškėja, kad privatinė teisė po nacionalinių teisinių kultūrų epochos, kuri pastatė savo aukštą išpuoselėtą mokymo ir dogmų statinį, tariamai neperduodamą ir nepalyginamą savo savitumu, kaip ir prigimtinės teisės laikais, vėl gali būti plačios apimties tarptautinio tyrimo objektu, neatsisakant mokslinių rezultatų tikslumo ir objektyvumo. Lyginamoji teisė labai prisidėjo prie suvokimo, jog teisė, o ypač privatinė teisė, kaip tyrimo objektas, neturi būti apribota nacionaliniu aspektu. Vis dėlto ji yra tik viena iš daugelio teisinių disciplinų, kurios jau seniai juda šia kryptimi. Kiekviena kritika, siekianti įžvelgti, kas yra už nacionalinių teisinių terminų statinio ir teritorine prasme ribotų įvairių scholastikų, įnešė savo indėlį: interesų jurisprudencija, gyvosios teisės mokykla, teisės sociologija, *legal realism* – visos šios kryptys veda į pažinimą, kad teisės mokslo objektas yra ne teisinių terminų konstrukcijos, o gyvenimo problemos, kurias šios mokslo

kryptys turi spręsti. Teisė yra *social engineering,* o teisės mokslas – socialinis mokslas. Būtent šis suvokimas yra lyginamosios teisės padarinys ir moralinis bei metodinis išeities taškas: jos domėjimusi funkciniu aspektu vietoj įvairių šalių teisės dogmatinės struktūros ir jos metodu, pagal kurį įvairių teisinių sistemų siūlomi sprendimai yra matuojami pagal jų realumą, pagal tai, ar jie pasiekia jiems keliamą socialinį tikslą, visoms šioms teisės mokslo kryptims lyginamoji teisė yra artima. Ji suteikia jiems tarptautinę dimensiją ir kartu daugybę medžiagos, kurios nesugebėtų sukurti ir paties gabiausio, tačiau nacionaline teisės sistema riboto teisininko fantazija. Jau Jheringas savo veikalo *Geist des römischen Rechts* (Romėnų teisės dvasia) pratarmėje suprojektavo šio universalaus lyginamojo teisės mokslo viziją:

... Mokslas degradavo iki Žemės jurisprudencijos, o mokslo ribos jurisprudencijoje sutampa su politinėmis. Žeminanti, negarbinga forma mokslui! Tačiau tik nuo jo priklauso, ar įveiks šias kliūtis ir lyginamosios jurisprudencijos forma visam laikui užsitikrins taip ilgai turėtą universalumo pobūdį. Jo metodas bus kitas, žvilgsnis – toliau siekiantis, sprendimas – brandesnis, medžiagos apdorojimas – laisvesnis, ir taip tariamas praradimas [formalaus romėnų teisės universalumo] realybėje taps tikru išganymu, pakels mokslą į aukštesnę mokslinės veiklos pakopą (*Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I Teil [1924] 15).

Ši Jheringo versija tapo realybe, ir prie to daug prisidėjo lyginamoji teisė. Funkciniu požiūriu teisė yra vertinama kaip socialinių reikalų reguliavimo priemonė, ir kiekvienoje šalyje jos problemos yra to paties pobūdžio. Kiekvienai pasaulio teisės sistemai galima kelti tuos pačius klausimus ir nustatyti tuos pačius vertinimo standartus; netgi tada, kai kalbama apie įvairių visuomenės formacijų arba labai įvairaus išsivystymo lygio šalis. Tokio universalaus teisės mokslo sistema (ištisas terminų, medžiagos klasifikavimo, doktrinos dirbinys) gali būti tik tokia, kurios metmenys yra aprašyti aukščiau. Ji gali būti sukurta tik remiantis lyginamąja teise; vadinasi, jos negalima nustatyti aprioriškai, o tik induktyviu būdu: nuolat eksperimentuojant ir lyginant. Tik tokia lyginamoji teisė iš tiesų būtų tarptautinė disciplina. Kad ir kaip toli iki šiol ji būtų pažengusi, vokiečių darbų pagrindinė dalis (ir kitose šalyse yra ne kitaip) pradedama nuo savos teisės konkretaus klausimo arba teisės instituto, paskui ši problema ištiriama lyginamuoju aspektu ir tik tada, įvertinus tyrimo rezultatus, yra teikiami siūlymai savo teisės reformoms ir naujoms interpretacijoms.

Tai būtų galima pavadinti lyginamąja teise su nacionaliniu pagrindu. Tačiau reikėtų siekti išties tarptautiniu mastu atliekamos lyginamosios teisės, kuri ruoštų pagrindą universaliam teisės mokslui. Šis naujas teisės mokslas tyrinėtojui leistų disponuoti didesnėmis mąstymo metodų, sisteminių terminų, klausimų kėlimo būdų, vertinimo kriterijų bei pažinimo faktų atsargomis ir išplėstų jo mokslinį akiratį bei mokslinį instrumentarijų visu esamo teisės mokslo patyrimu. Jis padėtų skatinti įvairių šalių teisės mokslininkų tarpusavio supratimą, kuriame neturėtų būti nesusipratimų, galinčių atsirasti iš prietarų, šališkumo, įvairiose teisės sistemose egzistuojančios skirtingos terminologijos.

VII.

Lyginimo būdu gautų rezultatų kritinis vertinimas yra būtina lyginamojo teisės darbo dalis. Todėl kartkartėmis atrodys, jog vieno ar kito sprendimo, kaip „geresnio" ar „blogesnio",

įvertinimas nėra galimas dėl aukščiau minėtų priežasčių. Dažnai atsitiks taip, jog įvairūs sprendimai bus lygiaverčiai arba tokio pobūdžio, kad, pasak Rabelio, „galima svyruoti dėl protingo pasirinkimo“ (RabelsZ 16 [1951] 357). Paprastai vieno sprendimo pranašumas yra akivaizdus. Galiausiai iš įvairių nacionalinių sprendimų dalių sudaryta kombinacija gali duoti naują, už visus esančiuosius pranašesnį, sprendimą. Visa tai lyginamosios teisės specialistas turi apsvarstyti ir išsakyti. Rabelis vertinimą teisinės politikos požiūriu nuo tikrosios lyginamosios teisės norėjo atskirti kaip „kitos rūšies veiklą“, nes subjektyvumas, atsirandantis kiekvieną kartą vertinant teisinės politikos požiūriu, yra svetimas grynajai lyginamajai teisei. Vis dėlto plačiu mastu atliekama grynoji lyginamoji teisė savo surinktomis žiniomis ir teoriniais teiginiais gali pretenduoti į didesnį visuotinio priimtinumo mastą nei vertybių nulemti sprendimai ir išvados praktiniam tikslui, pavyzdžiui, „įstatymų leidybos klausimai“ (*Fachgebiete*, p. 186). Ar teisinis vertinimas yra teisėtas uždavinys mokslui, šioje vietoje būtų galima daug pasakyti, nes tai yra ginčo dėl Kelseno grynojo teisės mokslo sudedamoji dalis. Praktikoje yra elgiamasi taip, kaip yra pasakęs Rabelis: „Mes, teisininkai, nuo senų laikų esame pratę prie kritikos ir, apimti noro tobulinti teisę, nenorime atsisakyti pažiūrėti į dalykine prasme teisingesnį reguliavimą.“

Iš tiesų lyginamosios teisės specialistas yra arčiausiai to, kad prie lyginamojo tyrimo būtų prijungtas kritinis vertinimas. Šiaip daugiau niekas to nedaro, ir lyginamoji teisė, anot pikto Binderio pasakymo, būtų „į krūvą suverstų plytų krūva, kur jos lieka gulėti nepanaudotos“. Kritinio vertinimo kriterijai yra kasdien taikomi teisininkų, būtent, apsvarstyti ir pagrįsti, iš daugelio sprendimų esantys tikslingesni ir teisingesni. Šioje vietoje lyginamosios teisės specialistas nėra protingesnis už teisininką, ariantį nacionalinės teisės dirvonus. Tačiau jis turi daugiau vaizdinės medžiagos; jis žino tokių sprendimo galimybių, kokių niekad nebūtų atėję į galvą geriausiai nacionalinės teisės galimybes išmanančiam, bet ja apsiribojusiam teisininkui. Ir priekaištą dėl subjektyvumo vėlgi taikliai atremia Rabelis: „Tai, kas šiame vaizde dar yra paveikta tyrinėtojo kilmės ir išsimokslinimo, ištaisoma tarptautiniu bendradarbiavimu“ (RabelsZ 16 [1951] 359).

4. LYGINAMOSIOS TEISĖS ISTORIJA

Ancel, Les grandes étapes de la recherche comparative au XX^{e} siècle, veikale: Studi in memoria di Andrea Torrente (1968) 21; *to paties autoriaus*, Cent ans de droit comparé en Françe, veikale: Livre du centenaire de la Société de législation comparé (1969) 3; *Brown*, A Century of Comparative Law in England: 1869–1969, Am.J.Comp. 19 (1971) 232; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung I (1971) 2. Teil; *to paties autoriaus*, Les débuts du droit comparé en Allemagne, veikale: Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch II (1972) 737; *David*, Droit civil comparé (1950) 397–429; *Dölle*, Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, veikale: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages VII (1960) 19; *Gorla*, Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo. Foro italiano 103 (1980) V 11; *Hug*, The History of Comparative Law, Harv.L.Rev. 45 (1932) 1027; *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung (1955); *Kaden*, Rechtsvergleichung, veikale: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch VI (Leidėjas: Schlegelberger, 1938) 9, *von Mehren*, An Academic Tradition for Comparative Law? Am.J.Comp.L. 19 (1971) 624; *Molina Pasquel*,

Veinticinco años de evolutión del derecho comparado: 1940–1965, Bol.Mex.der.comp.N.S. 2 (1969) 57; *Pollock*, The History of Comparative Jurisprudence, J.Soc.Comp.Leg (2^{nd} ser.) 5 (1903) 74; *Pound*, Comparative Law in the Formation of American Common Law, veikale: Acta Academiae Universalis Iurisprudentiae Comparativae I (1928) 183; *to paties autoriaus*, The Revival of Comparative Law, Tul.L.Rev. 5 (1930) 1; *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1925), veikale: Gesammelte Aufsätze III (Leidėjas: Leser, 1967) 1; *to paties autoriaus*, Die Fachgebiete des Kaiser Wilchelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht (1937), veikale: *Rabel*, Gesammelte Aufsätze III (Leidėjas: Leser, 1967) 180; *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung (1987) §§ 5–7; *Sarfatti*, Les premiers pas du droit comparé, veikale: Mélanges Maury II (1960) 237; *Sturm*, Geschichte, Methode und Ziel der Rechtsvergleichung, JR 1975, 231; *Zajtay*, Réflexions sur l'évolution du droit comparé, Festschrift Zweigert (1981) 595; *Zweigert*, Die Gestalt Joseph Storys, ZgesStW 105 (1949) 590; *to paties autoriaus*, Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode, veikale: Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jehring (1970) 240; išplėsta redakcija anglų kalba: *Zweigert/Siehr*, Jehring's Influence on the Development of Comparative Legal Method, AmJ.Comp.L. 19 (1971) 215.

I.

Seniausių lyginamosios teisės tyrimų randame *Graikijoje*. Jie buvo atliekami graikų mąstytojų ypatingo susidomėjimo valstybės struktūros formomis dėka. Platono *Nomoi* lygina graikų miestų-valstybių teisės principus ir pakyla virš referuojamojo lyginimo: Platonas savo tyrimų rezultatus panaudoja savo idealios valstybės konstrukcijai ir pritaiko juos šiai idealiai konstrukcijai. Aristotelio „Politika" taip pat rėmėsi 153 graikų miestų-valstybių konstitucijų tyrimais; mums yra išlikęs tik Atėnų konstitucijos tyrimas. Pastarasis buvo filosofinė spekuliacija, besiremianti teisės lyginimu. Privatinės teisės lyginimą randame mus pasiekusiame Theophrasto veikalo „Apie įstatymus" fragmente: kiek galima spręsti, Theophrastas šiame veikale elgiasi labai moderniai, nes įvairioms Graikijoje galiojusioms teisės sistemoms bando išvesti bendrus teisės principus ir nuo jų besiskiriančias specialias normas jiems priešpriešina ypatingojoje dalyje. Lyginamasis metodas yra tas, kurį Vokietijoje galiojančią privatinę teisę rašydamas naujesniais laikais naudojo Ottas von Gierke'as ir kurį pateikdamas kantoninę teisę Šveicarijoje ypač pavyzdingai panaudojo Eugenas Huberis.

Romėnų teisėje neaptinkame jokių siekių lyginti. Romėnų teisininkai, kaip vėliau ir Anglijos teisininkai, buvo per daug įsitikinę savo teisės sistemos ir valstybinės sistemos kokybe, kad visos užsienio teisės iš anksto neįvertintų kaip menkavertės. Ciceronas visą užsienio teisę, kitaip nei romėnų teisę, vadino „supainiota ir beveik juokinga". Kartkartėmis pasitaikančias nuorodas į užsienio teisės normas reikia vertinti kaip istorinį priedą arba teorinį pokštą. Tik iš poklasikinio laikotarpio (maždaug iš III ar IV amžiaus) yra išlikęs mums įdomus lyginamosios teisės darbas: tai yra *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*, kuriame ištraukos iš Romos teisininkų-klasikų raštų buvo priešpriešintos izraelietiškai įstatymų leidybai, kad taip, greičiausiai turint tikslą propaguoti krikščioniškąjį tikėjimą, būtų parodytas romėnų teisės ir biblinės teisės atitikimas.

Viduramžiais, po pradinio teisinio mokymo gilaus nuosmukio, kanoninė ir romėnų teisė įgijo tokį autoritetą, jog moksline prasme niekas daugiau nebedomino. Be to, valdovų imperiniai

tikslai buvo susiję su grubiu lyginamosios teisės samprotavimams prieštaraujančiu mąstymu, jog pavergtose srityse užkariautojas įvedąs savo teisę. Lyginamosios teisės raštų kontinente nėra žinoma. Tokių raštų randame Anglijoje, būtent abiejuose Fortescue'o (miręs 1485) veikaluose *De laudibus legum Angliae* ir *The Governance of England.* Fortescue'as šiuose veikaluose pirmąkart lygina Anglijos ir Prancūzijos teisę, be abejo, ne objektyviai analizuodamas, bet tendencingai siekdamas įrodyti Anglijos teisės pranašumą.

Stipresnių postūmių lyginamajai teisei randame *humanizmo epochos teisės mokslo amžiuje,* nes būtent antrojoje XVII a. pusėje atsiranda Struve'o ir Strycko veikalai, kuriuose tam tikrais atvejais yra priešpriešinama romėnų ir vokiečių privatinė teisė. Iš *švietimo laikotarpio prigimtinės teisės* pirmųjų atstovų – Wolfo ir Nettelbladto – nebuvo galima laukti lyginamosios teisės skatinimo. Prigimtinė teisė jiems buvo intelektinė konstrukcija, sudaryta spekuliatyviai ir aprioriškai, nepanaudojant kokios nors medžiagos iš patyrimo. Tačiau ir šioje epochoje atsiranda du žymiausi protai, kurie patys neatliko lyginamosios teisės, tačiau primygtinai ją propagavo: Baconas ir Leibnizas. Baconas savo veikale *De dignitate et augmentis scientarium* (1623) reikalauja, kad teisininkas išsilaisvintų iš savo nacionalinės teisės *vincula* tiesiog tam, kad pažintų savosios teisės vertę: svarstymo objektas (nacionalinė teisė) negali pateikti savo vertinimo kriterijų – tai turintis gilią prasmę ir vis dar tinkamas bet kokio lyginamosios teisės tyrimo pateisinimas. Antra vertus, Leibnizas lyginamąją teisę pirmiausia propaguoja iš universalios istorinės pozicijos: jis suprojektuoja *Theatrum legale* (1667) planą – visų tautų, šalių ir laikų lyginamąjį teisės aprašymą. Nuo pradžių abu šie veikalai apčiuopiamų padarinių neturėjo. Vis dėlto randame ir kitų prigimtinės teisės doktrinai atstovaujančių teisininkų, kurie *expressis verbis* pasinaudoja lyginamosios teisės metodu, kad empiriškai pagrįstų mokymo apie prigimtinę teisę teisingumą: Grotiusas, Puffendorfas, Montesquieu. Taigi mažesnis pozityvus šios epochos indėlis glūdi tame, kad lyginamoji teisė būtų buvusi sėkmingai vykdoma, o ne tame, kad buvo pripažinta šio metodo teorinė vertė. Reikia paminėti dar Savigny pirmtaką Giotingene Hugo (mirė 1844); jis iš visų pozityvinės teisės lyginimų tikėjosi sukurti naują empirinę prigimtinę teisę.

Priešingai, Savigny įsteigta *istorinė teisės mokykla* savotiškai kliudė lyginamosios teisės raidai. Tai nėra lengva suprasti, nes doktrina, kad visa teisė esanti tautos dvasios kūrinys, būtų galėjusi derintis su šio teiginio įrodymu (arba atmetimu) vadovaujantis lyginamąja teise. Tačiau Savigny ir jo mokykla atmetė kitokios teisės, nei romėnų ar germanų teisė, studijas: „Svarbiausia yra ir išlieka mūsų teisės, t.y. germanų teisės, romėnų teisės ir kanoninės teisės istorija" (Stimmen für und wider neue Gesetzbücher, SavZ 3 [1816] 5).

II.

Šiandieninė lyginamoji teisė kyla iš dviejų aiškiai išskiriamų šaknų: užsienio teisės įtraukimo kuriant naujus nacionalinius įstatymus – *įstatymų leidybos lyginamoji teisė* ir įvairių teisės sistemų lyginamosios analizės siekiant geresnio teisės pažinimo – *mokslinė teorinė lyginamoji teisė.*

Istoriniu požiūriu senesnė, nors ir negalima jos pavadinti sena, o tęstinumo požiūriu neproblemiškesnė yra *įstatymų leidybos lyginamoji teisė.* Vokietijoje ji pradedama pačiame XIX a. viduryje. Senosios didžiosios kodifikacijos – 1794 metų Prūsijos žemės teisė ir 1811 metų Austrijos civilinis kodeksas remiasi ne tiek plačios apimties, toliau už valstybių sienų siekian-

čiais lyginamaisiais teisės svarstymais, kiek prigimtinės teisės nulemtu mąstymu. Tas pat pasakytina apie praėjusį šimtmetį įtakingiausią 1804 metų Prancūzijos CK. Tai per stebėtinai trumpą laiką praktikų sukurtas aiškus ir elegantiškas kūrinys, kurio pagrindinis tikslas (jei jame apskritai galima ieškoti lyginamųjų aspektų) sulydyti Prancūzijos pietuose galiojusią romėnų *droit écrit* su daugiausia germaniškos kilmės šiaurėje galiojančiais *Coutumes* (plg. p. 76 ir kt.).

Vokietijoje lyginamosios teisės pradžia yra siejama su XIX šimtmetį vis stiprėjusiu kodifikacijos siekimu ir teisės unifikacija šalies viduje. Tai prasidėjo teisės šakoje, kuriai iš prigimties kuo skubiausiai reikėjo vieningumo – prekybos teisėje. 1848 metų Vokietijos bendrasis vekselių įstatymas, kaip ir 1861 metų Vokietijos bendrasis prekybos kodeksas, neapsiribojo tyrimais Vokietijos partikuliarinės teisės, kuriai priklausė ir Reino srityje galiojantis komercinis kodeksas. Atvirkščiai, į lyginimą buvo įtraukti ir kiti Europoje galiojantys prekybos kodeksai, ypač 1838 metų Olandijos prekybos kodeksas *(Wetboek van Koophandel)*. Tai liudija prūsiškasis *Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten nebst Motiven* (Motyvuotas prekybos kodekso Prūsijos valstybėms projektas) (Berlynas, 1857), kuris tapo 1861 metų Vokietijos bendrojo prekybos kodekso pagrindu, taip pat *Protokolle der Commission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgestzbuches* (Konsultacinės komisijos Vokietijos bendrajam prekybos kodeksui sukurti protokolai) (1857). Lygiai taip pat 1870 ir 1884 metų Akcijų teisės reformų įstatymo papildymai rėmėsi išsamiais lyginamaisiais teisės tyrimais, esančiais parlamento spaudiniuose ir sudarančiais tikrą lobių kasyklą europinės įmonių teisės lyginamajai istorijai. Vėlesniais laikais iki ketvirtojo dešimtmečio visa reforma įmonių Akcijų teisėje ir didžioji Akcijų teisės reforma 1965 metais buvo lydimos lyginamųjų teisės darbų ir lemiamoje fazėje veikiamos lyginamosios teisinės diskusijos.

Įstatymų leidybos lyginamoji teisė, be abejo, buvo naudinga ne tik šiam teisės institutui. Parengiamieji lyginamosios teisės darbai buvo atliekami beveik visuose svarbesniuose įstatymų reformavimo procesuose; čia ne vieta juos visus įvardyti arba aprašyti atskirai. Galime pateikti pavyzdį tik iš tebesitęsiančios baudžiamosios teisės reformos. Šie darbai atvedė prie ankstyvosios lyginamosios teisės Vokietijoje monumento – *Vergleichende Darstellung des Deutschen und des Ausländischen Strafrechts* (Vokietijos ir užsienio šalių baudžiamosios teisės lyginamasis aprašymas, 15 tomų, 1905–1909, plg. šiuo klausimu ir vėlesnę lyginamosios teisės baudžiamojoje teisėje raidą *Jescheck*, p. 13).

Galiausiai kaip sėkmingas įstatymų leidybos lyginamosios teisės pavyzdys yra ir Vokietijos civilinis kodeksas, kuriam įsigaliojus 1900 m. sausio 1 d. Vokietijoje buvo užbaigta privatinės teisės unifikacija. Šis kodeksas buvo kuriamas rūpestingai išsiaiškinant ne tik anksčiau galiojusioje partikuliarinėje teisėje įtvirtintus sprendimus, ypač atsižvelgiant į bendrąją teisę, Prūsijos teisę bei į Reino srityje ir (truputį pakeitus) Badene galiojusį *Code civil;* atvirkščiai, beveik kiekvieną svarbų klausimą svarstant nuodugniai buvo aptariama Austrijos ir Šveicarijos teisė. Buvo galima tikėtis, jog ir vokiečių teisės mokslas, atlikdamas mokslinį teorinį kodekso svarstymą bei jį plėtodamas, naudosis lyginamosios teisės metodu, kadangi atliekant kodifikaciją praktikoje jau buvo įrodyta šio metodo vertė. Tačiau apie tai negali būti nė kalbos. Visas dėmesys buvo telkiamas į visiškai naujų įstatyminių nuostatų pažodinį tekstą, o ten, kur reikėjo jį aiškinti, vėl buvo griebiamasi bendruomeninės teisės teorijos. Užbaigus kodeksą lyginamoji teisė buvo nustumta į antrą planą ir neteko savo įtakos.

III.

Įstatymų leidybos lyginamoji teisė ir *lyginamoji teisė kaip mokslinė disciplina* nesirutuliojo lygiagrečiai. Įstatymų leidyboje nenutrūkstamai praktikuojant lyginamąją teisę, teisės moksle ja buvo abejojama, ji buvo atmetama, o paskui vėl kildavo perdėto optimizmo periodai.

1. Ypač ilgą laiką lyginamoji teisė nebuvo pripažinta *Vokietijoje*, nors joje buvo senos skundų dėl teisės mokslo nacionalinio ribotumo tradicijos. Šie skundai prasideda 1810 metų Feuerbacho priekaištu „vokiečių teisės mokslininkams", esą teisės mokslo objektu tapusi tik vietinė teisė:

Kodėl anatomas turi savo lyginamąją anatomiją? Ir kodėl teisės mokslininkas iki šiol neturi jokios lyginamosios jurisprudencijos? Turtingiausias visų atradimų kiekviename empiriniame moksle šaltinis yra lyginimas ir kombinacija. Tik per įvairius kontrastus išryškėja tyrimo objektas; tik per panašumų ir skirtumų bei jų priežasčių nagrinėjimą išsamiai ištiriami kiekvieno objekto savitumai ir vidinė esmė. Kaip iš kalbų lyginimo sukuriama kalbos filosofija ir tikrasis kalbos mokslas, taip ir lyginant artimiausių arba ir svetimiausių visų laikų tautų bei šalių įstatymus ir teisinius papročius, atsiranda universalus teisės mokslas, mokslas apie įstatymus be pravardžių, kuris kiekvienam nacionaliniam teisės mokslui suteikia gyvybinės jėgos. Todėl esą atidžiai reikia „žiūrėti į svetimas tautas ir kruopščiai tirti jų papročius bei įstatymus, jei norima praturtinti vietinę teisę arba bent jau nagrinėti ją remiantis naujais požiūriais, naujoje šviesoje" (*Anselm v. Feuerbach*, Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft, atspausdinta: Kleine Schriften vermischten Inhalts [1833], 152, 162 ir kt.). Palyginkime išsamiai ir *Mohnhaupt*, Universalgeschichte, Universal – Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A.Feuerbachs, atspausdinta: Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990) (Leidėjas: Mohnhaupt, 1991) 97.

Reikalaudamas universalaus teisės mokslo su plačia lyginamąja teisės baze, Feuerbachas stojo į aiškią opoziciją Savigny programai ir istorinei teisės mokyklai. Savigny nuomonę, jog esą reikia susitelkti vien tik į vokiečių, vadinasi, vien tik į romėnų teisę, jis atmetė kaip ribotą. Garsiajame Savigny ir Thibauto ginče apie kodifikacijos galimybę ir būtinybę Feuerbachas palaikė Thibauto pusę; jis sutarė su Thibautu, kad:

dešimt gerų paskaitų apie persų ir kinų teisinę konstituciją... labiau sužadintų teisinį mąstymą nei šimtas paskaitų apie apgailėtiną broką, kuris reguliavo įstatyminę paveldėjimo tvarką nuo Augusto iki Justiniano laikų (*Thibaut*, Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, atspausdinta: Civilistische Abhandlungen [1814] 433).

Feuerbacho priekaištai keletą dešimtmečių vėliau rado atgarsį Jheringo skunde apie iki Žemės teisės mokslo lygio degradavusį teisės mokslą – „žeminanti, negarbinga forma mokslui!" (plg. citatą aukščiau). Jehringas kaip ir Feuerbachas, nepaisant jo veikaluose įdėtų nuorodų į užsienio teisę, nebuvo mokslininkas, dirbantis su lyginamąja teise; tačiau be realistinio mokymo apie teisę ir teleologinės metodikos, kurią Jheringas išplėtojo ir įgyvendino, lyginamosios teisės plėtojimasis, koks jis iš tiesų buvo, nebūtų buvęs galimas (plg. ten pat *Zweigert*).

Istorinė teisės mokykla, kuri daugiau spekuliatyviai nei istoriškai tautos dvasią sulygino su romėnų teise, bendruomeninės teisės jurisprudencija ir šimtmečių sandūros įstatyminis pozityvizmas nesukūrė palankaus klimato nešališkai lyginamajai teisei; jai nebuvo pripažinta

adekvačios vietos teisės moksle. Pozityvistams yra sektinas Bierlingas, kuris savo *Juristische Prinzipienlehre* (Mokyme apie teisės principus; I, 1894) svarstė, jog iš lyginamosios teisės „mokymas apie teisės principus“ gali tikėtis labai „mažai arba iš viso jokios naudos“. Ir po šimtmečių sandūros, kai neokantininkams ieškant „teisingos teisės“ buvo nusigręžta nuo pozityvizmo, požiūris į lyginamąją teisę liko dviprasmis. Stammleris lyginamąją teisę kategoriškai atmetė kaip teisingos teisės pažinimo būdą; lyginimo būdu niekada nesą galima nuo sąlygoto teisės turinio pereiti prie besąlygiškai galiojančių idėjų, kurias ginant apskritai būtų įmanomas mokslinis teisės nagrinėjimas (Teisės filosofijos vadovėlis, 1922, 11). Netgi Radbruchas, kuris savo straipsnyje „Apie lyginamąjį teisės metodą“ (Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Starfrechtsreform 2 [1990–1996] 422) energingai gynė lyginamosios teisės, kaip „pagalbinės priemonės platesnės apimties teisinės tikrovės nagrinėjimui“ svarbą įstatymų leidybai, neigė jos svarbą teisės *idėjai;* daugelio galiojančių teisės sistemų nagrinėjimas esą nesuteikiąs galimybės pažinti teisingą teisę, ir tai vykstą ne empiriškai, o aprioriškai (ten pat, p. 423). Ir vėliau jis nepripažino lyginamosios teisės vietos „tikrame, dogmatiniame, sisteminiame“ teisės moksle, taigi kartu su teisės istorija ir teisės sociologija priskyrė ją „socialinei teisės teorijai“ (Rechtsphilosophie) (Leidėjas: *Wolf*, 1950, 210).

Šis trumpas vyraujančios pažiūros Vokietijos teisės moksle pavaizdavimas leidžia suprasti, kokį pasipriešinimą lyginamoji teisė, kaip teisės disciplina, turėjo įveikti. Jos istorija tarsi ir rodo nuolatinį plėtojimąsi, tačiau ilgą laiką dauguma teisininkų visose šalyse ją sąmoningai, o gal ir nesąmoningai laikė labiau nedidelio skaičiaus išsiskyrėlių ezoteriniu žaidimu. Šis požiūris, atrodo, siūlosi pats, nes teisinė kasdienybė pirmiausia reikalauja nacionalinės teisės žinių. Šis požiūris yra smarkiai sustiprintas pozityvistinių ir nacionalinių teisės kultūrų epochos prietarų, ir negalime ramiai konstatuoti, jog jis visiškai įveiktas. Lyginamoji teisė nėra tvirtai įsišaknijusi už nacionalumo ribų išeinančios *culture juridique* sudedamoji dalis.

2. *Užsienyje* padėtis nebuvo kitokia, ir palankumas darbui su svetima teise ne ką didesnis nei Vokietijoje, net jei nusigręžta nuo lyginamosios teisės čia nebuvo taip sąmoningai ir dogmatiškai kaip Vokietijoje. Nacionaliniai prietarai buvo bendri. Rabelis, užsipuolęs Vokietijos teisės keistumą, vienu ypu kritikavo nė kiek ne geresnę padėtį kitose šalyse (*Aufgabe*, ten pat, p. 12). Nuo to momento šiame fone reikia nagrinėti lyginamosios teisės raidą ir sėkmę.

3. Moderniosios lyginamosios teisės iškilimas, kaip tikslingas ir sisteminis įvairių teisės sistemų sugretinimas, XIX a. pradžioje įvairiose šalyse prasideda stulbinamai lygiagrečiai. Net ir dvasinis fonas yra panašus. Tikslai yra labiau praktiniai, nei nulemti teorinių ar filosofinių spekuliacijų; tai yra savos teisės tobulinimas bei reforma ir remiasi jie iš dalies natūraliu interesu žinoti užsienio teisę bei nešališka pozicija, jog ir „kiti“ galėtų kažką pasiūlyti – ankstyva reakcija į po prieš tai įvykdytų kodifikacijų išryškėjusį teisės mokslo polinkį koncentruotis į „savąją“ teisės sistemą. Pasaulyje kuriant pirmąjį lyginamosios teisės žurnalą *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* (Kritinis užsienio teisės mokslo ir įstatymų leidybos žurnalas, Nr. 1, 1829, f. 25), šia prasme būdingi yra Zachariäs žodžiai:

> Jeigu iš tarp Europos tautų egzistuojančio literatūrinio bendravimo ir tuometinės Europos valstybių teisinės situacijos apžvalgos galima daryti išvadą, jog tai, kas kažkurioje Europos valstybėje įvyksta įstatymų leidyboje arba teisės moksle, vienaip ar kitaip domina kitas Europos valstybes bei tautas, žurnalo leidėjo iniciatoriaus bandymas vokiečių publiką supažindinti su užsienio teisės raida yra sveikintinas.

Vokietijoje pirmiausia reikia paminėti tuos žmones, kurie kartu su Zachariäs buvo šio žurnalo steigėjai ir leidėjai: Heidelbergo profesorius Mittermaieris, kuris daugiausia buvo Pietų Vokietijos teisininkų, praktinius tikslus paskyrusių užsienio ir lyginamajai teisei, vadovas. Galima sutikti su *Hugo tvirtinimu* (p. 1056), jog impulsą tam davė trumpai prieš tai Reino srityje ir Badene vykusi Napoleono kodekso recepcija. Tačiau šio teisininkų rato interesai siekė kur kas toliau ir apėmė visas šiuolaikines teisės sistemas. Pirmiausia svarbu yra tai, jog šiuo atveju kontinentinės Europos teisininkai pirmą kartą viešai svarstė Anglijos ir Jungtinių Valstijų bendrąją teisę. Apie 28 „Kritinio žurnalo" tomus Warnkönigas vėliau gana teisingai pasakė, jog jie pateikia beveik trisdešimties metų pažangaus judėjimo gana išsamią užsienio įstatymų leidybos ir teisės mokslo panoramą (Krit.Z. 28 (1856) 391). Nors užsienio teisės ištyrimas ir pateikimas dar nėra lyginamoji teisė, tačiau šių darbų autoriai beveik visada atliko lyginimus ir su sava teise.

Lyginamąją teisę kaip sisteminį sugretinimą ir įvairių teisės sistemų lyginamąjį įvertinimą pirmiausia atliko Mittermaieris, ir tai jis darė labai plačiai. Jo rangui nekenkia tai, kad jo tikslai – bendro baudžiamojo proceso reforma – iš esmės buvo praktiniai; rezultatas – daugybė mokslinių darbų, atlaikančių bet kokias pretenzijas. Mittermaieris konkrečias teisės šakas arba konkrečius teisinius institutus lygino plačiai ir punktas po punkto tiksliai; jis nagrinėjo ne tik įstatymus, bet pirmiausia *teisinę tikrovę teismų praktikoje*, be to, faktines, politines ir socialines aplinkybes.

Akivaizdžiai Mittermaierio pavyzdžiu ir jo veikiamas 1834 metais Foelixas Prancūzijoje įsteigė *Revue etrangere de legislation* aiškiam tikslui – gilinti Prancūzijos teisininkų užsienio teisės žinias ir pastūmėti Prancūzijos teisės tobulinimą. Tuo laiku Prancūzijos teisininkų susižavėjimas civiliniu kodeksu buvo beveik prietaringas, todėl ši priemonė turėjo atrodyti beviltiška. Išėjus keletui tomų žurnalas buvo priverstas (daug kartų pakeitęs savo pavadinimą) vis daugiau vietos skirti grynai Prancūzijos teisei. Pats Foelixas, kaip leidėjas, buvo apribotas mažėjančia užsienio dalimi. 1850 metais *Revue* nustojo eiti. Tačiau atrodo, jog lyginamosios teisės, kaip savarankiškos disciplinos, pagrindime Foelixas pasiekė daugiau nei Mittermaieris ir jo kolegos Vokietijoje. Šiaip ar taip, lyginamosios teisės studijų nutraukimas esant teigiamiems poslinkiams Prancūzijoje buvo ne toks staigus. Po to, kai 1831 metais *College de Françe* buvo įsteigta Lyginamosios teisės istorijos katedra, 1846 metais Paryžiaus teisininkų fakultetas įsteigė Lyginamosios baudžiamosios teisės katedrą, kurioje buvo dėstoma jau nuo 1838 metų. Tad Foelixo noras, kad būtų įsteigti ir lyginamosios *privatinės* teisės kursai, nebuvo įgyvendintas. Tačiau galima teisėtai sakyti, jog Foelixo iniciatyvos, ypač jo žurnalo įsteigimas, buvo pirmasis postūmis lyginamiesiems teisės tyrimams Prancūzijoje.

Anglijoje faktas, jog *Privy Council* (slaptoji taryba), kaip Aukščiausias Imperijos teismas, turėjo vykdyti teisminę valdžią pagal įvairias užsienio teisės sistemas, privedė prie *a more ready access to the sources from whence an acquaintance might be derived with those systems of foreign jurisprudence* (*Burge*, Commentaries on Colonial and Foreign Laws (1838) V). Šio poreikio patenkinimas buvo Burgeso *Commentaries on Colonial and Foreign Laws, generally in their conflict with each other, and with the law of England* (1838) tikslas. Šie komentarai pagal paties Burgeso santrauką buvo (ten pat, VI): kontinentinė teisė – pagal tuometinę anglų terminologiją tai buvo romėnų teisė; Olandijos teisė prieš prancūzų civilinio kodekso įvedimą; Ispanijos teisė; Paryžiaus ir Normandijos *Coutumes;* galiojanti Prancūzijos teisė; Škotijos teisė; Anglijos teisė; kolonijų Vakarinėje Indijoje ir Šiaurės Amerikoje vietinė teisė;

Jungtinėse Amerikos Valstijose galiojanti teisė. Burgeso veikalas turėjo trejopą tikslą: pirma, jis pateikė plačią visų teisės sistemų ir jų šaltinių, galiojusių britų Imperijoje, apžvalgą; antra, jis ėmėsi lyginamojo asmenų ir šeimos teisės, nuosavybės ir paveldėjimo teisės tyrimo; ir trečia, įvairiose teisinio reguliavimo sferose jis išplėtojo kolizinės teisės pagrindus. Kaip kontinente, taip ir Jungtinėse Valstijose šis veikalas buvo giriamas kaip svarbiausias lyginamosios teisės veikalas (plg. *Hug,* ten pat, p. 1065). Dar 1924-aisiais pats Rabelis gana pretenzingai teigė, jog šis darbas atsirado iš praktinio slaptosios tarybos poreikio, tačiau „dėl savo turtingos medžiagos ir gražaus apdorojimo gali būti vadinamas privatinės teisės lyginimo pagrindų pakaitalu“ (*Aufgabe,* p. 12, Nr. 12).

Panašūs praktiniai pagrindai, pirmiausia – Anglijos pirklių informacijos apie užsienio šalių prekybos teisę poreikis, vedė prie antrojo lyginamosios teisės paminėjimo verto veikalo Anglijoje: Leone'as Levis, *Commercial Law of the World; or, the Mercantile Law of the United Kingdom Compared with the Codes and Laws of Commerce of the Following Mercantile Countries* [aprašytos 58 šalys] *and the Institutes of Justinian* (1854). Levis beveik visų šalių prekybos teisės sistemas lygino su Anglijos prekybos teisės sistema. Jo veikalas yra suskirstytas į dalykinius skyrius, kurių kiekvienas prasideda trumpu Anglijos teisės išdėstymu; paskui pateikiamos užsienio teisės normos, dažniausiai tik su ribotu teismų praktikos panaudojimu. Toliau – *analysis of the law*, įvairių teisės sistemų tapatumų ir skirtumų parodymas. Dėmesio verta yra tai, jog Levis 1848 metais Vokietijos bendrojo vekselių įstatymo *(Allgemeine Deutsche Wechselordnung)* pasisekimo paveiktas siūlė tarptautiniu mastu unifikuotą prekybos teisės kodifikaciją; to jis tikėjosi pasiekti tarptautinėse konferencijose ir savo veikalu sukurti tam pagrindą (plg. *Levi,* ten pat, Bd. p. I, XV). Taip Levis pirmasis, remdamasis plačios apimties lyginamosios teisės pagrindu, postulavo visos grupės nacionalinių teisės šakų vidinę unifikaciją.

Nuo 1800 iki 1850 metų ir *Jungtinėse Valstijose* prasidėjo ankstyvasis lyginamosios teisės suklestėjimas. Amerikiečių teisė tą epochą nebuvo vien tik Anglijos bendrosios teisės dukterinė teisė. Tradiciška Anglijos teisė per daug netiko prie naujo krašto ekonominių, visuomeninių ir politinių sąlygų. Šis kraštas dar turėjo būti užvaldytas ir išvystytas, o nepalankumas Anglijai ir visa, kas angliška, po išsilaisvinimo kovų ir po 1812 metais atsinaujinusio karo padarė tai, kas dar buvo nepadaryta. Todėl visiškai sąmoningai žymiausi ir įtakingiausi to meto amerikiečių teisininkai Josephas Story labiau netgi nei James Kentas, atsigręžė į romėnų ir kontinentinės Europos teisę, o pirmiausia – į Prancūzijos teisės mokslą, kai reikėjo sukurti naujų ir labiau tinkamų normų. Šio rakurso į užsienio teisės šaltinius neribojo teorija. Kento ir Story veikalų įtaka teismų praktikai ir mokymui buvo didelė; pirmiausia Kento *Commentaries* buvo ano laiko amerikiečių teisės esminis pagrindas. Be kita ko, abu jie buvo teisėjai, ir taip aptinkame (pirmąkart tokia apimtimi kurioje nors angloamerikiečių teisinėje erdvėje) nemažai iš dalies garsių teismo sprendimų, kurie atvirai ir aiškiai yra pagrįsti lyginamaisiais svarstymais su *Civil Law* (plg. išsamiai *Pound;* to pat autoriaus, *The Influence of French Law in Amerika*, Ill.L.Rev. 3 [1909] 354). Šis atvirumas ir susidomėjimas užsienio teise nebuvo vien keleto asmenų, kaip tai yra kitose šalyse; tai buvo būdinga ir to laiko amerikiečių teisiniam pasauliui. Anoniminis dviejų veikalų apie romėnų teisę recenzentas galėjo pasakyti, kad *in the liberal course of professional studies general or comparative jurisprudence must be a constituent part* (Am. Jurist 2 [1829] 60). Harvardo teisės mokyklos mokymo ir paskaitų planas apėmė kontinentinę teisę, kur tarp kitų dalykų buvo rekomenduojamos Justiniano Ins-

titucijos, Pothiero prievolinė teisė ir Domato *Loix civiles* (Am Jurist 4 [1830] 217, 220). Be kita ko, pagarsėjo raginimas įkurti kontinentinės teisės katedrą Harvarde (šiuo klausimu plg. *Hug*, ten pat, p. 1068, Nr. 176). Apie šimtmečio vidurį domėjimasis kontinentine teise, kuris pirmiau iš esmės buvo mąstymo apie prigimtinę teisę, būdingo amerikiečių Nepriklausomybės judėjimui, pasekmė, vėl išblėso, o Pilietinio karo metu užgeso visiškai.

Panašiai, gal net radikaliai, lyginamosios teisės tęstinumas nutrūko ir kitose šalyse: kartu su Hugu privalome pasakyti, jog domėjimasis lyginamąja teise, kaip empirinio stebėjimo rezultatais ir praktinio taikymo metodu, po šimtmečio vidurio beveik visiškai išnyko.

4. Tačiau terminas *lyginamoji teisė* išliko. Žinoma, laipsniškai juo buvo imta vadinti kitą objektą, būtent tai, ką mes aukščiau kaip teisinę etnologiją arba bendrąją teisės istoriją atribojome nuo šiuolaikinės lyginamosios teisės termino. Ši „lyginamojo teisės mokslo" rūšis, kaip dažniausiai ji buvo vadinama Vokietijoje, sudarė ištisą mokyklą, buvo susijusi su svarbiomis filosofinio mąstymo srovėmis. Vokietijoje Hegelio mąstymo apie istoriją naudotas raidos principas (tačiau atmetant Hegelio dialektiką) buvo Ganso darbų idėjinis pagrindas (*Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* I [1824], plg. ypač įžangą p. XXXIX), taip pat Ungerio (*Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung* [1850]), Posto (pvz., *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend - ethnologischer Grundlage* I [1880]), Kohlerio (pirmiausia – *Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft* [1885]) ir daugelio kitų autorių. Prancūzijoje Lerminier akivaizdžiai Ganso įtakoje parašė *Introduction générale à l'histoire du droit* (1829), Italijoje Amari, paveiktas Vicos filosofijos, parašė savo *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857). Anglijoje šios mokyklos pagrindas yra Henry Maine'o veikalas apie *Ancient Law* (1861).

5. Ši istorinė „lyginamojo teisės mokslo" srovė smarkiai paveikia *moderniosios lyginamosios teisės atgaivinimą XIX amžiaus pabaigoje*, kurį apibūdina prasidedanti institucionalizacija – tai draugijos, žurnalai, katedros. Aktyviausiai ir anksčiausiai šis plėtojimasis prasideda *Prancūzijoje*. 1869-ieji yra tie metai, apie kuriuos Pollockas (p. 86) galėjo pasakyti, jog nuo tada lyginamoji teisė yra pripažinta kaip nauja teisės mokslo šaka: šiais metais buvo įsteigta *Société de législation comparée*, kurios stebėtinas tęstinumas – ji egzistuoja dar ir šiandien, lygiai kaip ir jos išleistas žurnalas (dabar jos pavadinimas *Revue internationale de droit comparé*). 1876 metais Prancūzijos teisingumo ministerijoje įsteigta *Office de législation étrangère et de droit international*. Tačiau galutinai ši nauja mokslo disciplina pripažinta įtraukus ją į universitetų mokslo programas. Po to, kai 1846 metais – pirmojo lyginamosios teisės suklestėjimo metu – Paryžiuje buvo įsteigta jau minėta Lyginamosios baudžiamosios teisės katedra, 1892 metais Paryžiaus fakultete buvo įsteigta Lyginamosios jūrų ir prekybos teisės katedra, 1895 metais Lyginamosios konstitucinės teisės katedra, galiausiai 1902 metais – Lyginamosios civilinės teisės katedra, kurioje tarp kitų dirbo ir Saleilles bei Lévy-Ullmann (plg. šiuo klausimu *David*, p. 408).

Vokietijoje tuo pačiu metu mažai galima rasti ko nors panašaus. 1878 Bernhöfto ir Cohno pradėtas leisti Lyginamojo teisės mokslo žurnalas daugiausia buvo skirtas lyginamosios teisės istorijai. Tik 1894 metais, įsteigus *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* (Lyginamojo teisės mokslo ir ekonomikos tarptautinę sąjungą), atsirado vokiškas prancūzų *Société* atitikmuo. Tai buvo Berlyno Aukščiausiojo Teismo (*Kammergericht)* patarėjo Felixo Meyerio nuopelnas. Šios sąjungos, kuri dar ir šiandien egzistuoja kaip Lyginamosios teisės draugija, ambicija ir sėkmė buvo verti dėmesio;

tačiau lyginamoji teisė, kaip mokslinė disciplina, nebuvo visiškai pripažinta, nes iki Pirmojo pasaulinio karo nebuvo įtraukta į universitetinius studijų planus, kaip tai buvo padaryta Prancūzijoje.

Ir *Anglijoje* ši epocha iš pradžių buvo pažymėta istoriniais ženklais. Dar 1903 metais Frederickas Pollockas galėjo pasakyti: *It makes no great difference whether we speak of historical jurisprudence or of comparative jurisprudence, or, as the Germans seem inclined to do, of the general history of law* (ten pat, p. 76). Šioje šviesoje reikia matyti ir ankstyvąsias institucijas Anglijoje: 1869 metais Henry Maine tapo pirmuoju *Historical and Comparative Jurisprudence* profesoriumi Oksforde; 1894 metais *University College* Londone, gavus teisėjo Richardo Quaino testamentu 10 000 svarų sterlingų auką, įkurta *History of Law and Comparative Law* katedra. Tais pačiais metais įsteigus *Society of Comparative legislation* prancūzų pavyzdžiu Anglijoje atsiranda modernaus stiliaus lyginamoji teisė; ši draugija, lygiai kaip ir jos išleistas žurnalas, šiuo metu einantis pavadinimu *International and Comparative Law Quarterly*, nenutrūkstamai gyvuoja iki šių dienų.

Šio atnaujinto posūkio į lyginamąją teisę priežasčių galima ieškoti galiojančioje užsienio teisėje. Didžiausią vaidmenį galėtų suvaidinti stiprėjantys tarptautiniai ekonomikos ir prekybos saitai, reikalavę geriau žinoti užsienio teisės normas ar net unifikuotas teisės normas. Kartu su lyginamosios teisės nauja pradžia lygiagrečiai yra dedamos didesnės teisės unifikavimo ir tarptautinio bendradarbiavimo pastangos; tik pagalvokime apie, pavyzdžiui, autorines ir prekių ženklų teisės sutartis, Pasaulio pašto organizaciją, pirmąsias Hagos civilinės teisės sutartis. Šios epochos lyginamosios teisės aukščiausiasis taškas ir jai būdingas reiškinys buvo 1900 metais surengta *Paryžiaus lyginamosios teisės konferencija*. Daugybės pranešimų šiame kongrese tikslą, kurį ši konferencija apskritai nustatė lyginamajai teisei, galima apibendrinti tokia formule: rasti bendrų normų *droit commun legislatif (Saleilles)*, arba bendrų „sprendimų atsargų“ *(Zitelmann)* ir taip vieną su kita suartinti įvairias teisės sistemas. Tačiau Paryžiaus kongresui buvo būdingi ne tik savi tikslai, bet ir sava apimtis, to laiko lyginamosios teisės „charakteris“: būdingas optimistinis ir pažanga tikintis unifikuotos pasaulinės teisės siekimas, tačiau tai daroma su prielaida, jog lyginti galima tik tai, kas lygintina, tai yra panašu, taip „apsiribojant“ įstatyminės teisės ir Europos kontinentinės teisės sistemomis. Marcas Ancelis taikliai apie tai pasakė:

> La comparaison, à cette phase méthodologique, a surtout pour objet ou pour ambition de créer une science du droit rationnell lui permettant de formuler des règles normatives appropriées a la société du XIXe siècle dans le cercle du continent européen (Les grandes étapes, ten pat, p. 26).

6. Po *Pirmojo pasaulinio karo* vaizdas pasikeitė. Vokietijoje Versalio sutarties X straipsniu, kuriuo buvo bandoma reguliuoti prieškario privatinių ir teisinių santykių tarp kariavusių šalių likvidavimą, teisės mokslas išsiveržė iš „keisto užsisklendimo“ (*Rabel*, Aufgabe, p. 17). Iš pradžių vokiečių teisininkai „iš prieškario dvasinio nusiteikimo naiviai tikėjo, jog Versalio sutartį iš esmės bus galima aiškinti vokiškos teisės sąvokomis ir pagal vokiečių metodą“ (*H. Isay*, cituota pagal *Rabel*, Aufgabe, p. 19). Tačiau „sutartis buvo suformuluota svetimomis kalbomis, vokiškas vertimas neturėjo norminės galios, įstatymų leidybos metodas ir sąvokos, interpretacijos kontekstas ir teisės stilius buvo skolinti iš nugalėtojų, ypač Anglijos ir Prancūzijos, sistemų ir teisinių pažiūrų; esant šiai padėčiai neliko nieko kito, kaip tik iš-

samiai visu tuo užsiimti..." (*Dölle*, ten pat, p. 20, su darbų apie Versalio sutartį nuorodomis). Žinoma, tai tikrai buvo ne lyginamoji teisė, kuriama dėl objektyvaus mokslinio pažinimo, o lyginamoji teisė kaip advokataujanti kovos priemonė, būtina tiksliai apibrėžtiems interesams ginti teisiniame ginče. Čia buvo kalbama apie vieną iš tyrinėjime dažnai pasitaikančių atvejų, kai mokslinis rezultatas yra iškeliamas virš konkrečių priežasčių. Šiaip ar taip, Rabelis, sutarties aiškinime dalyvavęs kaip mišraus Italijos ir Vokietijos arbitražo narys, lyginamąją teisę išlaisvino iš tarnaitės vaidmens. Lyginamąją teisę jis mato kaip savarankišką teisės discipliną; jai iškeltas uždavinys – teisingas Versalio sutarties taikymas – pateikia labai įdomios medžiagos, tačiau, moksliškai žiūrint, tai yra tik atsitiktinis praktinis pritaikymas. Savo pirmajame 1925 metų pagrindiniame veikale *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (Lyginamosios teisės uždavinys ir būtinybė) jis Versalio sutartį ir kitus karo padarinius sutinka vertinti tik kaip postūmį lyginamajai teisei (ten pat, p. 18).

Versalio sutarties X straipsnis sukėlė diskusiją su užsienio teisėmis, tačiau tai nebuvo lyginamosios teisės suklestėjimo po Pirmojo pasaulinio karo pagrindinė priežastis; tai rodo viena: šis reiškinys neapsiribojo Vokietija.

Pagal Ancelio suskirstymą po Pirmojo pasaulinio karo prasideda antroji šį šimtmetį lyginamosios teisės epocha (*Les grandes etapes*, p. 26). Jos bruožai: institucinis sutvirtinimas, konkretus ir dalykiškai orientuotas darbas, kontinento europinių ribų suardymas. „Didžiųjų" lyginamosios teisės institutų steigimas buvo daugiau nei techninis išoriškumas; atvirkščiai, dabar prasidėjusi lyginamosios teisės rūšis įsakmiai reikalavo daugybės ekspertų ir specialiųjų bibliotekų suvienijimo. Be jo nebūtų įmanomas plėtojimasis, kurį lyginamoji teisė išgyveno iki šios dienos. Jau 1916 metais (karo viduryje) Rabelio iniciatyva Miuncheno universitete buvo įsteigtas Lyginamosios teisės institutas; daugelis kitų Vokietijos universitetų šiuo pavyzdžiu pasekė po karo. Po to, 1926 metais Berlyne, vėlgi vadovaujant Rabeliui, kaiserio Vilhelmo draugija įsteigė Užsienio ir tarptautinės privatinės teisės Kaiserio Vilhelmo institutą. Tai buvo padaryta iškart po to, kai buvo įsteigtas Viktoro Brunso vadovaujamas atitinkamas Užsienio viešosios teisės ir tarptautinės teisės institutas. Per trumpiausią laiką šis institutas išsiplėtė į šiandien Hamburge esantį Maxo Plancko užsienio viešosios teisės ir tarptautinės privatinės teisės institutą – į lyginamosios teisės centrą Vokietijoje ir vieną iš svarbiausių lyginamosios teisės vietų pasaulyje.

1920 metais Prancūzijoje, Lione, Edouardas Lambertas įsteigė *Institut de droit comparé*. 1932 metais juo pasekė Lévy-Ulmanno įsteigtas ir jo vadovaujamas Paryžiaus universiteto *Académi internationale de droit comparé*. 1924 metais tarptautinėje plotmėje pradėjo gyvuoti *Académie internationale de droit comparé*, kurios pirmučiausias nuopelnas – periodiškai organizuojami lyginamosios teisės tarptautiniai kongresai. 1926 metais Scialoja paskatinta Tautų Sąjunga įkūrė *Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)* Romoje, kurio reikšmė lyginamajai teisei, nepaisant kito šiam institutui numatyto tikslo, negali būti nuvertinta.

Pamažu principinė diskusija dėl lyginamosios teisės vietos, naudos ir tikslų, kuri buvo užvaldžiusi 1900 metų Paryžiaus kongresą, užleido vietą konkrečiam darbui su konkrečiais dalykiniais klausimais *recherche concrète* (*Ancel*, Les grandes etapes, ten pat, p. 27). „Pagrindinis mokslinis uždavinys yra tikslus atskirų dalių apdorojimas su tuo pačiu rūpestingumu, kaip mes paprastai esame įpratę dirbti", – 1924 metais sako Rabelis (*Aufgabe*, p. 22). Kelią prasiskina pažinimas, jog ką 1924 metais Rabelis iškėlė kaip programą, o 1935 metais kaip per

tą laiką įgyto patyrimo rezultatą – nagrinėtinų teisinių fenomenų ir galimų mokslinių rezultatų yra tokia daugybė, jog bet kuris išankstinis sisteminės vietos nustatymas arba iš anksto nusistatytas tikslas būtų neleistinas lyginamosios teisės apribojimas. „Tikrovėje kai kurie lyginamosios teisės tikslai yra tokie pat visokeriopi, kaip ir teisės mokslo apskritai. Jų negalima išsemti, bet to ir nereikia" (*Rabel*, Fachgebiete, p. 79).

Apsiribojus *recherche concrete* išsiplečia jos siekimo ribos. Paryžiaus kongreso *droit commun legislatif* siekis daugmaž veikė pozityvinių įstatyminių kontinentinės Europos sistemų rėmuose; tai buvo įstatymų lyginimas. Šie rėmai yra ryžtingai išplėsti „antrosios epochos": lyginamoji teisė žengia link sprendimų, kurie „išplaukia iš viso teisinio gyvenimo vienoje ar kitoje valstybėje tais pačiais gyvenimo klausimais lyginimo". (*Rabel*, Fachgebiete, p. 82). Dėl metodo – laikas nebėra istorija, o tik lyginamosios teisės ateitis; iš tyrimo, kurį išplėtojo Rabelis, atsiranda metodologija, kuria šiandien yra mokama ir kuri yra praktikuojama.

Išvadavimas nuo vien įstatymų lyginimo akivaizdžiai siejasi su bendrosios teisės „atradimu". Tiek Rabelis, tiek ir Lambertas, tiksliai gvildendami atskiras problemas, intensyvų bendrosios teisės tyrimą iškėlė iki programos. Jei lyginamosios teisės romanų ir germanų teisinėje erdvėje idėja dėl jos nacionalinio ir dogmatinio ribotumo jau susidūrė su pasipriešinimu, šis išplėtimas buvo žingsnis į visiškai naujus dirvonus; nes, nepaisant ypatingų, savo esme tarptautinių objektų (kaip Jūrų teisė), apie kuriuos nusimanė tik mažas ekspertų ratas, bendroji teisė buvo už kontinentinės Europos teisininkų horizonto. Vis dėl to jau prieš Pirmąjį pasaulinį karą Felixo Meyerio Tarptautinė lyginamojo teisės mokslo sąjunga pradėjo šią veiklą su vokišku Anglijos privatinės teisės komentaru, kurį rėmė Hamburgo ir Bremeno senatai bei Berlyno prekybos rūmai, tačiau karas šį darbą užbaigė. Žingsnis per tariamai neperžengiamą istoriškai sisteminę ir metodinę bedugnę prie bendrosios teisės buvo iššūkis lyginamajai teisei, besiremiančiai tuo, kad teisingai keliant klausimą apie funkciją ir tiriant visą teisės sistemą, tokie skirtumai iš tiesų nėra svarbūs. Senoji šimtmečių sandūros lyginamosios teisės teorinė aksioma: „Tik tai, kas lygintina, gali būti lyginama", turint omenyje teisės dogmatines struktūras, buvo paneigta per praktinį „eksperimentą" Rabelio ir Lamberto institutuose, kuriuose trečiąjį ir ketvirtąjį dešimtmetį subrendo daugybė įžymių mokslo darbų. Įtraukus bendrąją teisę į lyginamąjį teisės tyrimą galutinai buvo suardyti romėnų teisės ir kontinentinės Europos teisės rėmai, nustatyti 1900 metų Paryžiaus kongrese; šis įtraukimas vertė atsisakyti prielaidos, kad įvairių teisės sistemų lyginamumas glūdi panašioje jų sisteminėje struktūroje; jis įrodė ir visiškai skirtingų sistemų lyginimo galimybę bei naudą, parodydamas, kad *tikrasis lyginimo pagrindas glūdi funkcijos bei teisinio ir politinio poreikio vienodume,* ir šis poreikis dogmatiškai gali būti patenkinamas labai skirtingomis formomis. Tuo buvo laimėtas metodiškai užtikrintas išeities taškas ir iš dalies įrankis labai skirtingų teisės sistemų lyginimui.

Atsisakius apsiribojimo Europos įstatyminėmis sistemomis ir neapsiribojus vien nacionaline plotme bei metodu – kiekvieną teisės sistemą ištirti ne pagal apibrėžtą teisės funkciją, bet ištirti kaip visumą, – su dalykiškai ir personalo prasme pakankamai aprūpintais specializuotais institutais, kurie sudaro sąlygas tęstiniam darbui, ir galiausiai su viršnacionaline visų šalių komparatyvistų reprezentacija asociacijoje *Association internationale des sciences juridiques* – tik tada moderniosios lyginamosios teisės vaizdas įgauna aiškius kontūrus. Rabelio ir jo amžininkų metodai šalies viduje ir užsienyje įsitvirtino, o jų iškeltos problemos ir uždaviniai, kuriuos jie pateikė lyginamajai teisei, yra esminiai lyginamosios teisės dabarties uždaviniai.

B. PASAULIO ŠALIŲ TEISĖS ŠEIMOS

5. TEISĖS ŠEIMŲ STILIUS

Arminjon/Nolde/Wolff, Traité de droit comparé I (1950) 42-53; *Clark*, The Idea of the Civil Law Tradition, veikale: Comparative and Private International Law, Essays in Honor of John H. Merryman (1990) 11; *Constantinesco*, Ideologie als determinierendes Element zur Bildung der Rechtskreise, ZfRV 19 (1978) 161; *to paties autoriaus*, Über den Stil der „Stiltheorie" der Rechtsvergleichung, ZvglRWiss 78 (1979) 154; *R. David*, Traité élémentaire de droit comparé (1950) 222-226; *to paties autoriaus*, Les grands systèms de droit contemporains (Nauja redakcija, Jauffret-Spinosi, 1988); *Eörsi*, Comparative Civil (Private) Law (1979); *A. Esmein*, Le Droit comparé et l'enseignement du droit, veikale: Congrès international de Droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents I (1905) 445; *Friedmann*, Some Thoughts on Comparative Legal Culture, veikale: Comparative and Private International Law, Essays in Honor of John H. Merryman (1991) 49; *Lawson*, The Family Affinities of Common-Law and Civil-Law Legal Systems, Hastings Int. Comp. L. R. 6 (1982) 85; *Lévy-Ullmann*, Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers, veikale: Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans I (1922) 81; *Malmström*, The System of Legal Systems, Notes on a Problem of Classification in Comparative Law, Scand.Stud.L. 13 (1969) 127; *Martinez Paz*, Introducción al estudio del derecho civil comparado (1934, naujas leidinys 1960) 149-160; *Merryman*, The Civil Law Tradition, An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America (1985); *Sauser-Hall*, Système et fonction du droit comparé (1913); *Schnitzer*, Vergleichende Rechtslehre I (1961) 133-142; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967) 496-513.

I.

Teorijoje išplėtotu mokymu apie teisės šeimas iš esmės norima atsakyti į daugelį klausimų. Ar įmanoma daugybę teisės sistemų suskirstyti į palyginti kelias dideles grupes (teisės šeimas, teisines erdves)? Pagal kokius kriterijus grupuoti? Jei tai įtikinamai pavyksta, pagal kokius kriterijus nuspręsti, jog tam tikra teisės sistema turi būti priskirta vienai ar kitai grupei? Toks grupavimas pirmiausia išsprendžia teorinį sisteminimo uždavinį, kai suskirstoma ir padaroma apžvelgiama neaprėpiama teisės sistemų daugybė. Esant progai šiuo grupavimu gali būti palengvintas lyginamasis teisės tyrimas. Paaiškėjus, kad kiekvienoje iš šių didelių grupių viena arba dvi teisės sistemos gali būti laikomos reprezentatyviomis visai grupei, lyginamasis teisės tyrimas tam tikromis sąlygomis, mažų mažiausiai toje raidos stadijoje, kurioje jis šiuo metu yra, gali apsiriboti šių reprezentatyvių teisės sistemų tyrimu ir lyginamuoju apdorojimu (žr. ten pat, 3 IV str.).

Taip grupuoti bandyta dažnai. Apie tokius bandymus pirmiausia išsamiau diskutavo Arminjon/Nolde/Wolff. Vienam iš ankstyviausių Esmeino siūlymų, norinčiam išskirti romanų, ger-

manų, anglosaksų, slavų ir islamo teisės šeimas, jie priekaištauja, jog neaiškus lieka išskyrimo kriterijus. Tačiau šis priekaištas, kaip mums atrodo, neatitinka tikrovės, nes Esmeinas rado tam laikui iš tiesų pasisekusį grupavimą ir nurodė savo įsivaizduojamus skirstymo kriterijus. Jis rašė: *Pour cela il faut classer les législations (ou coutumes) des différents peuples, en les ramenant à un petit nombre de familles ou de groupes, dont chacun représente un système de droit original; et faire connaître la formation historique, la structure générale et les traits distinctifs de chacun de ces systèmes nous paraît être une première partie générale et essentielle dans tout enseignement scientifique du droit comparé* (ten pat, p. 451). Kiti autoriai pasirinko kitus skirstymo kriterijus. Lévy-Ulmannas pagrindiniu kriterijumi siūlė pasirinkti tai, kokie *teisės šaltiniai* vertintini kaip svarbiausi; Sauser-Hallas lemiamu kriterijumi siūlė pasirinkti *rasę*, nes, kaip jis manė, *ce n'est qu'à l'intérieur de chaque race que nous pouvons constater une évolution juridique particulière* (ten pat, p. 102). Kitus siūlymus galima rasti Schnitzerio, Malmströmo ir, žiūrint iš marksistinės teisės teorijos taško, Eörsi aukščiau nurodytuose veikaluose.

Arminjon/Nolde/Wolff buvo tos nuomonės, jog moderniąsias teisės sistemas reikia skirstyti *pagal jų turinį*, nepriklausomai nuo išorinių geografinių, rasinių arba kitokių veiksnių, *en tenant compte de l'originalité, des rapports de dérivation et des ressemblances*. Šitaip jie patraukliai suskirstė į septynias teisės šeimas: prancūzų, germanų, skandinavų, anglų, rusų, islamo ir induistinę teisines sistemas (ten pat, p. 47).

René Davidas savo 1950 metais pasirodžiusiame *Traité* kritikavo įtikinamų skirstymo kriterijų kitose doktrinose stygių ir galvojo, jog visą kritiką atlaiko tik du kriterijai: pirmiausia *ideologinis* (kurį jis norėjo matyti apibrėžtu religijoje, filosofijoje, politinėje, ekonominėje ir socialinėje struktūroje) ir antra – *juridinės technikos*; kadangi juridinės technikos skiriamieji požymiai esą antriniai, *base philosophique, la conception de justice* yra lemiamas kriterijus. Taip jis išskyrė penkias teisės šeimas: Tolimųjų Rytų teisę, sovietinę teisę, islamo teisę, induizmo teisę ir Kinijos teisę (*Traité*, p. 222). Vėliau Davidas pataisė savo požiūrį; dabar jis išskiria tris teisės šeimas: romanų-germanų, *Common Law* ir socialistinę. Islamo teisė, žydų teisė, induizmo teisė, Tolimųjų Rytų teisė – lygiai kaip ir naujai išskirta Juodosios Afrikos ir Madagaskaro teisės sistemų grupė – švelniai įvardijama *autres systèmes* terminu (plg. *Les grands systèmes*, p. 19).

II.

Arminjon/Nolde/Wolff atstovaujamas skirstymas į septynias teisės šeimas iš visų išplėtotų mokymų yra labiausiai įtikinamas. Jie atmeta visus išorinius kriterijus ir pabrėžia: *pour pouvoir rationellement classer les systemes juridiques modernes il faut les etudier en eux – memes* (ten pat, p. 47). Žinoma, šie autoriai mažai teparodo, kokiais aspektais jie tiria įvairias teisės sistemas, norėdami jas sugrupuoti. Konkrečiai tai reiškia, jog šias teisės sistemas pagal panašumą ir giminystę reikėtų grupuoti į „šeimas", kaip tai yra daroma kalbotyroje. Tačiau nėra aišku, kokios yra tos bendros savybės, kurios „sudaro" tokią šeimą. Jei dažnai galima laikyti aiškiu dalyku, jog konkrečią teisę reikia laikyti „motinine teisės sistema" (kaip Anglijos *Common Law*), mums tai vis dėlto mažai padeda atsakyti į sunkų klausimą, ar konkreti teisės sistema yra šios, ar kitos „motinos" „dukra". Lyginamojoje teisėje yra žinomas fenomenas, kai „dukros" pakeičia savo „motinas".

Kai yra stengiamasi pažinti pasaulio teisės šeimas ir priskirti joms atskiras teisės sistemas, reikia apgalvotai vertinti du reiškinius.

1. Kadangi lyginamoji teisė nuo pradžių ir iki šiol intensyviausiai (jei ir nepakankamai ilgai) buvo atliekama tose teisinio reguliavimo sferose, kurios kontinentinės Europos teisės moksle yra priskiriamos privatinei teisei, ir kadangi mokymu apie teisės šeimas, kiek galima apžvelgti, išskirtinai rūpinosi privatinės teisės komparatyvistai, šis mokymas plėtojasi taip, lyg visos teisės turinys būtų išskirtinai privatinė teisė. Tik Arminjon/Nolde/Wolff teigia, jog jų skirstymas į teisės šeimas yra išplėtotas privatinės teisės pagrindu ir gali būti taikomas tik privatinei teisei (ten pat, p. 47). Iš tiesų turi būti aišku, jog tokių grupavimų teisingumas yra labai santykinis. Pavyzdžiui, įmanoma, jog tos pačios teisės sistemos ribose *privatinę teisę* reikia priskirti vienai teisės šeimai, o *konstitucinę teisę* – kitai teisės šeimai. Vokietijos civilinę teisę neabejotinai reikia priskirti Vokietijos teisinei erdvei, o valstybinėje teisėje konstitucinio teismingumo egzistavimui arba neegzistavimui galima priskirti tokią „stilizuojančią“ jėgą, kad valstybinėje lyginamojoje teisėje būtų galima sudaryti sistemos su konstituciniu teismingumu teisės šeimą, kuriai reikėtų priskirti Jungtines Valstijas, Italiją ir Vokietiją, bet ne Angliją ar Prancūziją. Toks pat fenomenas yra netgi tada, jeigu dėmesys koncentruojamas *vien tik* į privatinę teisę. Pavyzdžiui, arabų valstybių *šeimos ir paveldėjimo* teisei įtakos padarė islamo, Indijos šeimos ir paveldėjimo teisei – induizmo teisė. Priešingai, šių šalių *turtinė teisė,* būtent sutarčių, prekybos ir deliktinė teisė, yra paveikta ankstesnių kolonijinių ir gynyba užsiėmusių valstybių teisinio mąstymo. Taip yra Indijos bendrosios teisės bei Prancūzijos ir daugelio arabų valstybių teisės. Taigi mokymui apie teisės šeimas galioja *nagrinėjamojo dalyko reliatyvumo principas.*

2. Lyginamasis teisės tyrimas savo pažinimu iš esmės yra nepriklausomas nuo „įstatymų leidėjo plunksnos brūkštelėjimo“, nes jis iškyla virš pozityvios medžiagos ir savo išvadas daro remdamasis vertinamuoju lyginimu, o pasaulio skirstymas į teisės šeimas, atskirų teisės sistemų priskyrimas konkrečiai teisės šeimai yra ypač *nulemtas laiko* ir priklausomas nuo įstatymų leidybos bei kitų įvykių. Taip, pavyzdžiui, galima abejoti, ar šiandien Japonija nesivysto taip, jog šis vystymasis pamažu užkerta kelią moderniąjaponų teisę, kartu su Kinijos Liaudies Respublikos teise, priskirti Tolimųjų Rytų teisės šeimai (kaip ankstesniame leidime). Be abejo, anksčiau buvo teisinga, kad gausybė kodeksų, Japonijoje išleistų remiantis kontinentinės Europos teisės pavyzdžiu, japonų teisinei tikrovei neturėjo didelio poveikio. Tačiau šiandien atrodo taip, tarsi Japonijoje vis mažiau būtų menkinama tradicinė rašytinė teisė ir mažėtų antipatija visiems atviriems teisminių ginčų sprendimo būdams, vadinasi, Japonija nebeturi būti priskiriama Tolimųjų Rytų teisės šeimai (plg. 20 I, 21 I).

Plėtojimasis laipsniškai gali sudaryti pagrindą visiškai *naujai* teisinei šeimai sukurti. Šiuo požiūriu šiandien ypač aktualus klausimas, ar ne laikas Afrikos šalių, esančių piečiau nuo Sacharos, teisės sistemas teoriškai sujungti į Afrikos teisės šeimą. Bet kuriuo atveju neabejotina, jog Afrikos šalių teisės sistemos jau seniai sudaro atskirą, tiek sunkų, tiek ir žavingą lyginamosios teisės, teisės etnologijos ir teisės sociologijos objektą (plg. šiuo klausimu apibendrinamai ir instruktyviai parašytą Bryde'o veikalą *Afrikanische Rechtssysteme*, JuS 1982, 8). Afrika teisės etnologui yra ypač svarbus darbo baras, ir tai remiasi faktu, jog daugybė afrikiečių, kai kalbama apie šeimos, paveldėjimo arba žemės teisės ir apie ginčų sprendimo procesus, gyvena pagal autochtoninės teisės paprotines normas. Šios normos yra labai skirtingos, nes didžiulio žemyno gentys ir tautos vienos nuo kitų smarkiai skiriasi

rase, kalba, kultūra ir gyvenimo būdu, iš dalies ir tuo, kad į galiojančią „tradicinę" teisę gana nevienodai yra įsiterpę islamo teisės ir ankstesniųjų kolonijinių valstybių teisės elementų. Svarbiausia *teisės sociologijos problema*, kuri gyvai aptarta remiantis konkrečiu afrikietiškos teisės pavyzdžiu, nagrinėja teisės ir socialinės kaitos santykį arba (Afrikoje aštrų) klausimą, kokį įnašą teisė (ypač „modernioji teisė") padarė, gali padaryti arba padarys pageidaujamam politiniam, ekonominiam ir socialiniam Afrikos šalių „vystymuisi", klausimą, kuris kyla visoms besivystančioms šalims (plg., pvz., *Trubek/Galanter,* Scholars in Self – Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States, Wis.L.Rev. 1974, 1062; *Merryman,* Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement, Am.J.Comp.L. 25 [1977] 457; *Bryde*, The Politics and Sociology of African Legal Development [1976]; *Fuchs*, Recht in Entwiklungsländer ZvglRWiss 80 [1981] 355). Be to, Afrikos šalių teisės sistemos siūlo daugybę medžiagos, pagal kurią galima studijuoti *svetimos teisės recepciją*. Visų Afrikos šalių teisės sistemoms ankstesnių kolonijinių valstybių teisė darė ir dar šiandien daro didžiulę įtaką, nepaisant to, kad prievolinės, prekybos, baudžiamosios ir administracinės teisės srityse Europos teisės normos veikė kaip modelis, nors afrikiečių teisininkai, studijuodami Europoje ar Europos pavyzdžiu organizuotame Afrikos universitete, „internacionalizavo" vyraujančias Europos teisės tradicijas ir jomis vadovavosi savo vėlesniame profesiniame darbe kaip valdininkai, teisėjai ar advokatai. Tai privedė prie to, jog, viena vertus, dar ir šiandien yra milžiniškų skirtumų tarp kadaise prancūzų ir belgų kolonijinių teritorijų, ir, kita vertus, anksčiau britų kolonijinių teritorijų. Iš tiesų dėl šios priežasties afrikiečių teisininkas iš Ganos daug lengviau ir greičiau gali susikalbėti su kolega iš toli nutolusios Kenijos, Ugandos ar net Anglijos, nei su teisininku iš tiesioginio Ganos kaimyno – Dramblio Kaulo Kranto valstybės (plg. šiuo klausimu p. 110 ir *Henry*, Afrikanisches Recht?, ZfRV 22 [1981] 242 su gausiomis nuorodomis. Tačiau yra nenuginčijama, jog visoms Afrikos teisės sistemoms šiandien iškyla iš esmės labai panašių problemų, kurios yra prieinamos bendram ištyrimui. Kas šį požiūrį vertina kaip sprendžiamąjį, nepaisydamas nurodytų skirtumų, galėtų šnekėti apie vieną Afrikos teisės šeimą (plg. šia prasme *M'Baye*, The African Conception of Law, Int.Enc.Comp.L.Vol.II Ch.I [1975] 138). Palyginkime toliau *Allot*, Towards the Unification of Laws in Africa, Int.Comp.L.Q.14 (1965) 366; to paties autoriaus, The Unification of the Laws in Africa, Am.J.Comp.L. 16 (1968) 51; *Bamodu*, Transnational Law, Unification and Harmonization of International Commercial Law in Africa, J.Afr.L 38 (1994) 125.

Šie pavyzdžiai aiškiai rodo, kad pasaulio suskirstymas į teisės šeimas ir atskirų teisės sistemų priskyrimas vienai ar kitai teisės šeimai yra priklausomas nuo istorinės raidos ir pokyčių; todėl mokymui apie teisės šeimas galioja laiko reliatyvumo principas.

3. Visiems bandymams pasaulyje gyvuojančias giminingas teisės sistemas vienaip ar kitaip suskirstyti į grupes buvo smarkiai paprieštarauta. Buvo teigiama, jog visos klasifikacijos per daug orientuotos į istorinę kilmę, teisinį turinį ir į išorinę techninę formą. Vietoj to reiktų klausti, ar įvairiose šalyse egzistuoja tokia pat teisinė kultūra, taigi ar piliečio santykis su teise yra išreiškiamas tokiais pat elgesio pavyzdžiais, lūkesčiais ir vertinimais (ypač *Friedmann ir Legrand* Mod.L.Rev. 58 [1995] 262). Iš esmės gali atsitikti taip, kad lyginamuoju aspektu dirbanti sociologija, etnologija ir politikos mokslas gali rasti kitų kriterijų ir kartu kitų skirstymų. Žinoma, – kaip sako pats Friedmannas, – šie mokslai iki šiol dar nėra pateikę ko nors naudingo. Net jei čia nurodytas kelias yra tik antras pagal gerumą, vis dėlto turėtume jį ramiai tęsti, kol niekas kitas dar neparodė geresnio.

III.

Ligšioliniai bandymai fiksuoti teisinių sistemų skirstymo kriterijus turint tikslą pažinti teisės šeimas ir skirstyti nacionalines teisės sistemas į tokias teisės šeimas, nėra įtikinami dėl vieno dalyko – jie paprastai orientuojasi tik į vieną skirstymo kriterijų.

Kaip mums atrodo, lemiamas yra toks dalykas. Atskiros teisės sistemos ir ištisos grupės turi tam tikrą *stilių*. Lyginamojo teisės tyrimo tikslas – aptikti šiuos *teisės stilius*, sugrupuoti į teisės šeimas ir pagal pagrindinius šių stilių elementus, pagal stilių nulemiančius veiksnius atskiras teisės sistemas priskirti šioms teisės šeimoms.

Stiliaus sąvoka jau senokai nustojo priklausyti tik kalbinei sferai arba vaizduojamajam menui. Jei čia šia sąvoka buvo vadinamas meninio pristatymo savitumas arba formų vienovė, tai dabar šia plačia sąvoka naudojasi daugelis mokslų tam, kad įvairiuose objektuose išskirtų visų savitumų esmę ir sujungtų juos į visumą arba atskirtų nuo kitų visumų. Teisės moksle šią sąvoką naudoja *Codex iuris canonici*. 20 straipsnyje yra rašoma, kad, nesant tinkamų aiškių normų, taikytiną normą reikia išvesti remiantis analogija, bendraisiais teisės principais, atsižvelgiant į kanoninį teisingumą, nuolat vyraujančią doktriną bei Romos kurijos *stilių* ir praktiką. Teisės mokslui giminingas socialinis mokslas, ir ekonomikos mokslas vienoje iš savo krypčių taip pat operuoja „ekonomikos stiliais“. Arthuras Spiethoffas teigia, kad: ekonomikos stilius yra „visuma požymių, įkūnijančių savitą ekonominio gyvenimo formą“, o išaiškinęs metodinius klausimus diskusijai pateikia „ekonomikos stilių požymių apibrėžimą“, kuris mūsų uždaviniui – apibrėžti teisės stilius, dėl abiejų disciplinų skirtumų, be abejo, nieko neduoda (plg. *Spiethoff*, *Die Allgemeine Volkswirtschaftslehre als geschichtliche Theorie* (Bendrasis ekonomikos mokslas kaip istorinė teorija), atspausdinta: Festgabe Sombart [1933] 56, 75).

Taigi mes turime klausti savo, kaip lyginamosios teisės specialistų, patyrimo: kokie tai yra veiksniai, kurie, bendrai veikdami, apibrėžia ištisų teisės sistemų grupių stilių. Ne kiekvienas menkas teisės sistemų skirtumėlis gali būti stiliaus elementu. Atvirkščiai, stiliui svarbūs yra tik tokie skirtumai arba savitumai, kurie yra „svarbūs“, arba „esminiai“. Žinoma, „kas yra „svarbu“, arba „esminga“, niekada nepasirodys įtikinamai, būtinų stilių skaičius ir kiekvieno stiliaus apibrėžimas visada priklausys nuo tyrėjo sprendimo, tačiau čia tikslas yra vienareikšmis: buvusios ir esamos tikrovės skirtumai turi būti užfiksuoti savitose ekonominio gyvenimo formose“ (*Spiethoff*, ten pat, p. 57). Savitumo „svarbos“ požymis paaiškėja, kai lyginamosios teisės specialisto, kilusio iš *kitos* sistemos, nuostabos „gyvsidabrio stulpelis“ pasiekia aukštą laipsnį. Taigi paaiškėja, jog lengviau yra pažinti svetimų teisės sistemų stiliaus elementus nei savos teisės, iš to išplaukia, jog tokie stiliai gali išaiškėti tik ilgai bendradarbiaujant tarptautiniu lygiu.

Mūsų sprendimu, mokymo apie teisines sistemas stilių apibrėžia šie veiksniai: 1) teisės sistemos istorinė kilmė ir plėtojimasis; 2) joje vyraujantis specifinis teisinis mąstymas; 3) būdingiausi teisės institutai; 4) teisės šaltinių pobūdis ir jų aiškinimas; 5) ideologiniai veiksniai.

1. Kad *istorinė raida*, į kurią atsižvelgia moderni teisės sistema, yra toks stilių formuojantis elementas, suprantama savaime ir tai akivaizdžiausiai matyti bendrojoje teisėje. Grupuojant iš romėnų ir germanų teisės tradicijų išsivysčiusias Europos kontinento teisės sistemas kyla abejonių, ar jas visas (išskyrus neginčijamai savarankiškas skandinavų teisės sistemas) reikėtų priskirti *vienai* teisės šeimai (tokia yra Davido ir Malmströmo nuomonė), ar reikėtų sudaryti germanų teisės šeimą (Vokietija, Austrija, Šveicarija ir kitos galimos dukterinės

sistemos) ir *romanų* teisės šeimą (Prancūzija ir visos dukterinės civilinio kodekso teisės sistemos, įskaitant Ispaniją, Portugaliją ir Pietų Amerikos šalis). Arminjon/Nolde/Wolff teisingai pasisako už antrąjį atribojimo variantą (ten pat, p. 50). Bendri istoriniai šaltiniai netenka savo svarbos teisės sistemų stiliui, jei vėlesni įvykiai yra padarę esminės įtakos. Santykiui tarp abiejų čia nagrinėjamų teisės sistemų šis vėlesnis esminis įvykis, viena vertus, yra faktas, jog prancūzų civilinis kodeksas pasaulyje sukėlė recepcijos judėjimą, kuriame Vokietija, Austrija ir Šveicarija nedalyvavo. Kita vertus, aplinkybė, jog XIX a. dėl pandektų teisės doktrinos įtakos vokiečių kalbinėje erdvėje atsirado formali sąvokų atskyrimo juridinė technika, kuri Prancūzijoje niekada nerado plataus atgarsio ir netapo kodifikacijos pagrindu, kaip tai atsitiko Vokietijoje. Jei romanų, Vokietijos, Austrijos, Šveicarijos ir dar Šiaurės teisės sistemos yra sujungiamos po vieningu „romanų-germanų teisės šeimos" stogu, kyla pavojus, jog nagrinėjimas apsiribos palyginti abstrakčiomis bendrybėmis, kurios iš esmės šias teisės sistemas, palyginus su bendrąja teise, vieną su kita jungia. Antra vertus, esant tokiai klasifikacijai lengva nepastebėti, jog šio Europos teisės sistemų koncerto viduje trys minėtos teisės šeimos turi savo nesupainiojamo tembro balsą. Be abejo, romanų, vokiečių ir skandinavų teisės šeimos yra artimiau giminingos nei kiekviena iš jų su bendrąja teise; tačiau jų naujesnė raida, veikiant kartu su kitais stiliaus skirtumais (plg. apie tai netrukus) ir norint išvengti supaprastinimo, verčia priskirti jas skirtingoms teisės šeimoms.

2. S*pecifinis teisinis mąstymas* gali apibūdinti stilių. Taip Vokietijos ir romanų teisės šeimos pasižymi *polinkiu abstrahuoti teisės normas*, ištisas teisės normų grupes sujungti į gerai suskaidytą sistemą ir galiausiai sukurti juridines konstrukcijas. Šis stiliaus elementų „ryšulėlis" įgyja savitumo, kai palyginamas su visiškai kitokiu problemų požiūriu bendrojoje teisėje.

Anglų bendroji teisė plėtojosi nuo sprendimo prie sprendimo per laipsniškai augančią tradiciją; savo istorine kilme ji yra ne įstatyminė teisė, o bylų teisė. Priešingai, kontinente nuo romėnų teisės recepcijos laikų yra nueitas kelias nuo Justiniano *Corpus Iuris* interpretacijos iki abstraktaus normatyvinio reguliavimo nacionaliniuose kodeksuose. Bendrosios teisės mokslas savo kilme yra teisminio, o kontinentinis – scholastinio pobūdžio. Didieji teisininkai Anglijoje buvo teisėjai, o kontinente – profesoriai. Interpretuojant kontinente yra išaiškinama, ką teisės norma norėjo nustatyti iš anksto nenumatytoms situacijoms. Teisės mokslo žodis Anglijoje ir Amerikoje yra pranašavimas, ką, remdamasis prejudicija, teisėjas darys konkrečiu atveju. Kad šie stiliaus skirtumai išsiplečia į visą teisinį gyvenimą, yra akivaizdu. Vienur – abstraktus institucionalizuotas mąstymas, kitur – konkretus mąstymas, priklausantis nuo bylos, mąstymas santykiais, *in rights and duties*. Vienur – ilgam laikui mąstymas apie teisės sistemą be spragų, kitur – šokinėjimas nuo sprendimo prie sprendimo. Vienur – mokslo džiaugimasis sistema, kitur – gilus abejingumas bet kokiam sausam apibendrinimui. Vienur – optimizmas reiškiamas sąvokomis, kurios paprastai atskleidžia pavojingą asmeninį gyvenimą, kitur – vaizdinga nuomonė ir taip toliau.

Šis stiliaus elementas sutampa su žmogaus įvaizdžiu, kuris kontinente dėl istorinių, iš esmės dėl moralinių ir istorinių pagrindų, yra kitoks nei Anglijoje. Kontinente žmogus linksta, jei taip galima būtų apibendrinti, prie planavimo, išankstinio reguliavimo ir todėl teisėje – prie abstrakčios normos ir sistemos. Jis į gyvenimą eina turėdamas išankstinį nusistatymą ir yra nusiteikęs deduktyviai. Anglas yra improvizatorius. Jis sprendžia tada, kai gyvenimas iš jo reikalauja tiesioginio sprendimo: *We wil cross the bridge when we come to it.* Pagal Mait-

landą jis yra empyrikas. Jis vertina tik išgyventą patirtį. Todėl jam mažai tinka teorinis apibendrinimas ir kartu abstrakti norma. Galbūt iš jūrininkų gyvenimo ateinantį įsitikinimą, jog gyvenimas vykstąs visiškai kitaip nei bet koks išankstinis šou, labiau atitinka atsargiai į priekį judanti bylų teisė, o ne įstatyminė teisė, kuri savo normomis pretenduoja pasiūlyti sprendimų visiems būsimiems atvejams.

Be abejo, reikia saugotis to, kad šiems skirtumams būtų suteikta pernelyg didelė reikšmė. Mes dar matysime (18 str.), jog neretai kontinentinėje teisėje trūksta įstatyminių nuostatų arba jos turi labai menką operatyvų turinį. Šiuo atveju praktikoje viešpatauja teisėjų sukurta teisė, kaip ir Anglijoje. Ir atvirkščiai, galima stebėti, jog mąstymas, kad įstatymai sudaro tik mažas saleles precedentinės teisės jūroje, Anglijoje ir Jungtinėse Valstijose jau seniai yra tapęs saldžiu anachronizmu.

Kitas stiliaus elementas, kurį reikia priskirti teisiniam mąstymui ir kuriuo pasižymi daugelis teisės šeimų bei viso Vakarų pasaulio teisinė kultūra, yra tai, ką Rudolphas v. Jheringas pavadino „Kova už teisę". Taigi principas yra: teisės tikslas – taika, o priemonė – kova. Kitaip tariant, Jheringo tezė, kad kova už savo teisę yra teisę turinčiojo pareiga pačiam sau ir teisės idėjai. Ši individo pažiūra į teisę, būdinga mūsų vakarietiškiems procesams, Jheringui pasirodė esanti tiesiog universali, o šiandien ji daugeliui atrodo kaip teisės sąvokai iš prigimties būdingas banalumas. Kad ji tokia nėra, mums vėl rodo lyginamasis nagrinėjimas, jeigu jos objektu imame Tolimųjų Rytų teisės sampratą, kokia ji buvo iki šiol bent paskutinius dešimtmečius.

Tuo atveju teisė yra tik antrinė, pavaldi priemonė socialinei tvarkai užtikrinti. Ja naudojamasi tik kraštutiniu atveju. Socialinių struktūrų darna ten yra jaučiama tik kaip dalis bendros darnos, kurios modelių matome gamtoje ir pasaulio tvarkoje. Teisė su visais savo sausos logikos ir išorinės prievartos atributais yra tik rudimentinė tvarka, kuri labiau tinka barbariškoms, nei civilizuotoms tautoms. Elgesio normų, kurių reikia laikytis savanoriškai ir kurios yra veiksmingos socialinėse šeimos, klano, kaimo bendruomenėse, šaltinis yra ne teisė, o nerašytinių elgesio taisyklių visuma, kuri yra darniai išplėtota tradicijomis. Bet šios taisyklės neakcentuoja to, kad kiekvienas gautų tai, kas jam priklauso, o pabrėžia tai, kad socialinis darinys išliktų darnus. Iš to išplaukia, kad ginčas nėra baigtas, jei nugalėtojas ir pralaimėtojas paliekami mūšio vietoje; atvirkščiai, kiekvienas, siekiantis savo teises realizuoti, turi stengtis, kad jo priešininkas „išsaugotų savo veidą". Todėl teisės įgyvendinimo Tolimuosiuose Rytuose viršūnė yra ne teisėjo kontradikcinis, o taikus ginčo sprendimas, draugiškas sutaikinimas. Čia glūdi daug rytietiškos išminties, kurios niuansų jaučiama ir pas mus. Taip yra, kai sakome, jog blogas susitarimas geriau nei tikras procesas, arba jeigu geras teisės patarėjas giriasi niekada nevedąs proceso. Tačiau nepaisant šių niuansų lemiamas stiliaus skirtumas yra tas, jog kova už teisę ir aiškaus sprendimo siekimas yra Vakarų žmogaus gyvenimo principas, o kompromisas čia yra suvokiamas kaip tolesnė galimybė. Tolimuosiuose Rytuose santykis yra atvirkštinis: „išsaugantis veidą" kompromisas yra artimiausias tikslas, o tvirtas teismo sprendimas – pagalbinė priemonė.

Yra akivaizdu, jog tiriant šį objektą lyginamajai teisei ypač reikia teisės sociologijos paramos. Vienos šalies įstatymai ir kodifikacijos išbaigtumu bei technine branda gali būti labai panašūs į atitinkamą Europos įstatymų leidėjo produkciją, ir vis dėlto išlikti periferiniais fe-

nomenais, kurie su teisinę tikrovę formuojančiomis jėgomis turi mažai ką bendro, mažiau, nei atrodo iš pirmo žvilgsnio. Tokių klausimų lyginamosios teisės specialistui turi kilti ne tik studijuojant Tolimųjų Rytų teisės sistemas. Pagal informaciją, pasiekiančią mus iš Lotynų Amerikos, galime galvoti, kad ten rašytinei teisei teisinėje tikrovėje skirta palyginti nedidelė dalelė ir kad neutralus valstybinis teisėjas neturi tos socialinių konfliktų reguliavimo reikšmės, kokia mums pažįstama iš Europos ir Šiaurės Amerikos (plg., pvz., *Gessner*, Recht und Konflikt, Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko [1976]). Žinoma, čia dar daug ką reikia nuveikti: lyginamasis teisinis ir sociologinis tyrimas šiandien yra pradinėje stadijoje.

3. Tam tikri *teisės institutai* yra pabrėžtinai specifiniai, todėl jiems reikia pripažinti stilizuojamą reikšmę. Bendrosios teisės šeimoje taip galima galvoti apie *consideration* (priešpriešinio patenkinimo) mokymą (29 str.), apie *trust* (patiką), apie atstovavimo sąvoką (32 str.), apie neįtikėtiną deliktinių sudėčių gausą deliktinėje teisėje (40 str., III), apie daugelį daiktinės teisės ypatybių su savo įvairiais nuosavybės laipsniais, apie palikimo perėjimą administratoriui arba vykdytojui ir apie daugelį įrodymų teisės savitumų. Romanų teisinėje erdvėje šiuo atžvilgiu galima būtų paminėti tokius teisės institutus, kaip *cause, action directe, action de in rem verso* (III, 38 str.) ir kontinentinės teisės šalių teisės sistemoms bendrą, tačiau bendrajai teisei iš principo svetimą, *negotiorum gestio*. Vokietijos teisės šeimai čia galbūt priklauso bendros formuluotės, sudarančios prielaidas egzistuoti teisėjų kuriamai teisei: mokymas apie „abstrakčią sutartį", atsakomybė iš *culpa in contrahendo*, doktrina apie sandorio pagrindo išnykimą (37 str., II), intensyvus nepagrįsto praturtėjimo instituto taikymas (38 str., II), žemės kadastras.

4. *Teisės šaltinių pobūdis ir jų aiškinimo metodas*, kartu su teismų organizacijos ir teisminio proceso savitumais, priklauso stilių apibūdinantiems požymiams. Nuo Lévy-Ulmanno laikų tai yra daugelio knygų, lyginamosios teisės įvadų ir straipsnių pamėgtas objektas, vis iš naujo tiriantis tariamą įstatyminės teisės ir precedentų teisės priešpriešą, kartu su precedentų teorijos subtilumais ir įstatymų aiškinimo praeities liekanomis (plg. 18 str.). Nors niekas negali paneigti, jog šiuo atžvilgiu egzistuoja skirtumų; šie skirtumai dažniausiai yra pervertinami. Apskritai lyginamajam teisės tyrimui mokymo apie teisės šaltinius ir mokymo apie teisės šeimas svarba palyginti nedidelė.

5. Galiausiai stilių nusakantis požymis yra *ideologija* – religijos ir politinės idėjos paveiktas mąstymas apie teisingą socialinio ir ekonominio gyvenimo santvarką. Tai rodo islamo ir induizmo teisė; anksčiau buvo sudaryta ypatinga „socialistinių teisės sistemų" teisės šeima (plg. ankstesnio leidimo 23–27 str.). Tačiau šiuo pagrindu negalima nustatyti esminio skirtumo tarp „vakarietiškų" teisės sistemų; šiuo atveju skirtumas nustatomas pagal kitus kriterijus.

IV.

Šie stilių nusakantys požymiai apibrėžia pačias teisės šeimas ir atskirų teisės sistemų priskyrimą vienai ar kitai teisės šeimai *pagal jų santykinę svarbą, remiantis jų dabartine klasifikacija*. Kaip jau buvo pastebėta anksčiau, *ideologija* turi klasifikacinę reikšmę kalbant apie religinių teisės sistemų atskyrimą, tačiau šios reikšmės neturi atskiriant Vakarų pasaulio teisės šeimas: labiau ši funkcija būdinga istorijai, mąstymo būdui ir tam tikroms institucijoms, kurios verčia išskirti tam tikras teisės šeimas. Atvirkščiai, *teisės šaltinių* rūšis ir jų pobūdis

yra svarbesni apibūdinant islamo ir induizmo teisę, jie turi reikšmės bendrosios teisės ir kontinentinės Europos sistemų atskyrimui. Ir priešingai, šis požymis nesvarbus atskiriant Vokietijos, Šiaurės ir romanų teisės šeimas.

„Hibridines teisės sistemas", t. y. tokias, kurių priskyrimas vienai iš teisės šeimų sukelia sunkumų, kaip, pavyzdžiui, Graikija (11 str., IV), Šiaurės Amerikos Luizianos valstija (8 str.), Kanados Kvebeko provincija (8 str.), Škotija (14 str.), Pietų Afrikos Respublika (VI 16 str.), Filipinai, Puerto Rico, Kinijos Liaudies Respublika ir kitos, reikia ištirti pagal tai, į kokią teisę jos šiandien labiau linksta. Žinoma, čia reikia vengti bet kokio priverstinio rūšiavimo. Dažnai nustatoma, jog konkrečioje teisės sistemoje viena tos teisės sistemos dalis yra paveikta vienos, kita – kitos „motininės teisės": šiuo atveju priskirti vienai teisės šeimai negalima arba galima tik tada, jei, pavyzdžiui, orientuojamasi *tik* į šeimos arba paveldėjimo teisę arba *tik* į turtinių santykių teisę. Galimi ir tokie atvejai, kai teisės sistema plėtojasi taip, kad įstatymų leidybos procesas vis labiau ir labiau priartėja prie konkrečios teisės šeimos. Atėjus tokiam laikui, kai šios teisės sistemos jau nebegalima priskirti vienai, bet dar negalima priskirti ir kitai teisės šeimai, gali kilti didelių abejonių. Apskritai kiekvienas skirstymas į teisės šeimas, kaip rodo „hibridinių" teisės sistemų atvejis, yra tik pirmoji grubi priemonė, pradedančiajam daranti gerą paslaugą, nuo pradžių painią teisės sistemų įvairovę paversdama lengvabūdiška tvarka. Jau pažengusiam lyginamosios teisės specialistui, per darbą ir patyrimą pajutusiam konkrečios nacionalinės teisės sistemos ypatingą stilių, greitai nebereikės šios pagalbinės priemonės arba jis naudosis ja su išlygomis, kurios visada yra vietoje, kai bėdai prispaudus tokius kompleksinius socialinius fenomenus, kokiais yra gyvos teisės sistemos, reikia išreikšti išorine schema.

Dėl šios priežasties galima ramiai reaguoti į literatūroje iškeltus naujus teisės sistemų skirstymo siūlymus ir iš įvairių išeities pozicijų iškeltus kritinius prieštaravimus čia pateiktam požiūriui (plg., pvz., *v Benda-Beckmann* ir *Constantinesco* Zvgl RWWiss 78 [1979] 5 ir 154; *Eörsi,* ten pat, p. 45; *Zajtay*). Negalima nematyti ir to, jog kiekvienas autorius savo pateikimu siekia tam tikro tikslo, nori įrodyti tam tikrą tezę ir todėl privalo turėti teisę taip pasirinkti tiriamas teisės sistemas, kaip tai geriausiai atitinka jo tikslą arba jo įrodymų teikimą. Taip Merrymanas savo knygoje *The Civil Law Tradition* (2 leid., 1985) daugiau ar mažiau romėnų teisės paveiktas Vakarų Europos ir Lotynų Amerikos teisės sistemas pateikia kaip to paties kamieno šakas. Tam nieko negalima prikišti net ir suabejojus, ar buvo teisinga tai, kad Pietų Europos ir Lotynų Amerikos šalių teisės sistemas jis aptarė kaip „tipines" *civil law tradition,* o Vokietijos ir Prancūzijos teisę, priešingai, kaip „netipines" (plg. šiuo klausimu *Clark,* p. 18). Kitaip nei Merrymanas ir kitaip nei René Davidas, šioje knygoje iš kontinentinės teisės sistemos mes norime išskirti romanų, Vokietijos ir skandinavų teisės šeimas. Tai remiasi didaktiniu tikslu – prideramai išskirti ypatingą šių trijų teisinių erdvių tembrą Europos teisinių sistemų koncerte. Siekiantieji kitokių tikslų gali skirstyti kitaip. Taip, anot Atiyah/Summers, teisės sistemos pobūdį aiškiai apibrėžia tai, ar sprendimų pagrindimas, įstatymų aiškinimas ir teisminis procesas pasižymi labiau „formaliais", ar labiau „turinio" elementais. Remdamiesi teismų praktikos lyginamąja analize, įstatymų leidyba, teisėjų ar advokatų padėties bei teisininkų rengimu Anglijoje ir JAV šie autoriai prieina prie išvados, jog tarp šių dviejų teisės sistemų egzistuoja skirtumų, iš esmės tokių ryškių, jog Anglijos teisė su savo polinkiu stipresnei „formaliai" argumentacijai yra daug arčiau kontinentinių sistemų nei JAV teisės sistemos (*Form and Substance in Anglo-American Law, A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory*

and Legal Institutions [1987]). Šioje vietoje sutinkame su René Davidu. Pateikęs klasifikacijų kontroversijas, jis rašo: *Ces discussions ont fait couler beaucoup d'encre; elles n'ont pas pourtant beaucoup de sens. La notion de „famille du droits" ne correspond pas à une réalité biologique; on y recourt seulement à une fin didactique, pour mettre en valeur les ressemblances et les différences qui existent entre les différents droits. Cela étant, toutes les classifications ont leur mérite. Tout dépend du cadre dans lequel on se place et de la préoccupation qui, pour les uns et les autrés, est dominante* (Les grand systèmes, p. 22).

Šiame tyrime nebuvo siekiama pateikti naujo teisės šeimų skirstymo. Atvirkščiai, buvo kalbama apie tai, kaip aiškiau stiliaus sąvokomis išskirti grupavimo kriterijus ir atskirų teisinių sistemų priskyrimą atskiroms teisės šeimoms, nei tai yra padaryta iki šiol. Tokie svarstymai veda prie vos pastebimo Arminjon/Nolde/Wolff teorijos niuanso, o mes šioje knygoje norime remtis tokiu skirstymu: 1) romanų teisinė erdvė; 2) Vokietijos teisinė erdvė; 3) Šiaurės šalių teisinė erdvė; 4) *Common Law* teisės šeima; kituose knygos skyriuose norime aptarti Kinijos Liaudies Respublikos bei Japonijos teisę, toliau – islamo bei induizmo teisę.

I. ROMANŲ TEISINĖ ERDVĖ

6. PRANCŪZIJOS TEISĖS ISTORIJA

Arminjon/Nolte/Wolff, Traité de droit comparé I (1950) 120 ir kt.; *Brissaud*, Manuel d'historie du droit privé (1935); *Dawson*, The Codification of the French Customs, Mich.L.Rev. 38 (1940) 765; *A.Esmein*, Precis élémentaire de h'istoire du droit français de 1789 à 1814 (1908); *to paties autoriaus*, Cours élémentaire d'histoire du droit français (1915); *Fenet*, Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil (1836); *Heinsheimer*, Die Zivilgesetze der Gegenwart I (1932): Frankreich, Code civil, Einleitung V ir kt.; *Heymann*, Romanische Rechtsordnungen, veikale: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft V (1928) 151; *Koschaker*, Europa und das römische Recht (1953); *Le Code civil, Livre du Centenaire*, 2 tomai (1904), su *Sorelio*, *Esmeino*, *Vigié*, *Saleilles* ir kt. straipsniais, *Mitteis*, Die germanischen Grundlagen des französichen Rechts, SavZ/Germ. 63 (1943) 137; *Olivier Martin*, La coutume de Paris – Trait d'union entre le droit romain et les législations modernes (1925); *Rabel*, Private Laws of Western Civilization – The French Civil Code, La.L.Rev. 10 (1950) 107; *Savatier*, L'art de faire les lois –Bonaparte et le Code civil (1927); *Wilhelm*, Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. Und. 18. Jahrhundert, Ius commune I (1967) 241; *to paties autoriaus*, Portalis et Savigny, veikale: Aspekte europäischer Rechtsgeschichte, Festgabe für Coing (1982) 445.

I.

1804 metų civilinis kodeksas sudaro ne tik Prancūzijos civilinės teisės branduolį, bet kartu yra ir didysis romanų teisės šeimos privatinės teisės kodifikacijos pavyzdys. Šio kodekso

dvasią ir pagrindinius bruožus galima apibūdinti ne tik tuo, jog jis yra vertinamas kaip Prancūzų revoliucijos dvasios kūrinys, kuris buvo nukreiptas į tai, kad būtų radikaliai pašalinti feodalinės praeities teisiniai santykiai ir jų vietoje su prigimtinės teisės patosu būtų įtvirtintos nuosavybės, sutarčių sudarymo laisvės, šeimos ir šeimyninio paveldėjimo vertybės. Kad ir kaip tai būtų teisinga ir kokia didelė būtų 1789 įvykių reikšmė civiliniam kodeksui, antra vertus, yra svarbu, kad šėlstant revoliuciniam pakilimui į kodeksą buvo išmintingai įtraukti ir visos ilgos istorinės raidos rezultatai ir kad jis yra ne kas kita, kaip vykęs tradicinių ir pasitvirtinusių teisės institutų sujungimas, kuris buvo paimtas arba iš romėnų teisės paveiktos Prancūzijos pietų *droit écrit,* arba iš germanų-frankų paprotinės teisės suformuotų Prancūzijos šiaurės *droit coutumier.* Jei civilinis kodeksas daugelyje punktų padarė revoliucinę pradžią, jis visgi daugiausiai pasižymi istorine kilme iš *ancien droit*, iš ikirevoliucinių teisės laikų. Todėl toliau turi būti pavaizduoti Prancūzijos teisės plėtojimosi iki revoliucijos pagrindiniai bruožai, kiek tai yra būtina prancūzų civilinio kodekso supratimui. Toliau norime trumpai aprašyti pereinamojo laikotarpio teisę, revoliucijos laikmečio *droit intermédiaire* ir civilinio kodekso atsiradimo istoriją, kad galiausiai atsigręžtume į patį kodeksą.

II.

Po to, kai romėnai užkariavo Galiją, ten, kaip visose valstybės provincijose, galiojo Romos teisė. Ir žlugus Vakarų Romos Imperijai 476 metais ši teisė neprarado savo galios; kaip negermanų kilmės pavaldinių santykius reguliuojanti teisė ji gyvavo naujai atsiradusiose germanų valstybėse, ypač Vestgotų ir Burgundų karalystėse. 1506 metais Vestgotų karalius Alarichas II išleido įstatymą *Breviarium Alaricianum arba Lex Romana Wisigothorum*, kuris sutrumpinta forma pakartojo ir komentavo *Codex Theodosianus*, romėnų šaltinius ir taip prisidėjo prie to, kad romėnų teisės žinojimas Pietų Prancūzijoje, nepaisant didelio gyventojų judėjimo, V ir VI amžiuje neišnyko. Priešingai, į Prancūzijos šiaurę įsiveržus frankams ir įkūrus frankų valstybę, romėnų teisė buvo išstumta, nes frankai atsinešė savo pačių suformuotas germaniškos kilmės paprotines normas ir vėliau daugelyje įstatymų tekstų, iš kurių svarbiausias yra *Lex Salica*, joms suteikė tvirtą išorinę formą. Atsitiko taip, jog XI ir XII a. romėnų teisės mokslinio puoselėjimo atgimimas aukštutinėje Italijoje netrukus sulaukė didelio atgarsio Prancūzijos pietuose; todėl jau XII a. Montpellier ir Tulūzos universitetuose *Corpus Iuris* studijos užėmė tvirtą vietą. Romėnų teisės žinios pamažu plito ir šiaurėje, nors ten, žinoma, paveldėti frankų teisiniai papročiai nebūtų buvę išstumti. Taip Prancūzijos teritorijos padalijimui buvo padėti pagrindai ir pagal galiojančią teisę ji buvo perskirta į dvi dalis: į romėnų teisės paveiktą *droit écrit* sritį pietuose ir germanų teisiniais papročiais *(Coutumes)* pagrįstą *droit coutumier* – šalies šiaurėje. Abiejų teisės sričių sienos linija driekiasi nuo Žirondos žiočių paraleliai rytų kryptimi į Luarą iki Ženevos ežerų taip, kad šiandieninės Prancūzijos teritorijos trijuose šiauriniuose penktadaliuose galiojo *droit coutumier*, o kituose dviejuose pietiniuose penktadaliuose – *droit écrit.*

Žinoma, *droit écrit* ir *droit coutumier* pernelyg griežtai atskirti negalima. Šalies pietuose, konkrečiai – tokiuose miestų regionuose, kaip Bordo ir Tulūza, galiojo raštu fiksuoti *Coutumes*, paveikti romėnų teisės, tačiau kartu turėję stiprių germaniškų turinio elementų. Atvirkščiai, *droit coutumier* galiojimo teritorijoje romėnų teisė nebuvo visiškai atmetama. Nors kai kurie teisės institutai, pavyzdžiui, sutarčių teisė, buvo nepakankamai sureguliuoti *Coutumes*

teise ir todėl šioje vietoje mielai buvo imtasi naudotis labiau išplėtota ir detalesne romėnų teise, o šiaurėje įsitvirtino pažiūra, kad romėnų teisė kaip *ratio scripta* galėtų būti panaudota teisės spragoms šalinti arba teisei aiškinti, kai tik *Coutumes* nenumato teisinio reguliavimo. Tačiau atkreiptinas dėmesys į tai, jog romėnų teisė, kitaip nei jos vėlesnės recepcijos Vokietijoje atveju, vertinama kaip autoritetinga ir taikytina ne todėl, kad buvo kalbama apie Romos valstybės teisę. Prancūzijos karaliai kur kas labiau buvo suinteresuoti saugoti savo suverenitetą imperatorių ir imperijos atžvilgiu, ir karaliams ištikimi teisininkai labai vertino nuostatą, jog romėnų teisė Prancūzijoje galiojanti ne Romai nustačius šį galiojimą, o dėl to, kad ji tapo paprotine vietos teise arba dėl savo vidinių savybių: *non ratione imperii, sed imperio rationis*. Todėl kitaip nei vėliau Vokietijoje, dėl totalinės romėnų teisės recepcijos Prancūzijoje niekada nebuvo rimtai diskutuojama; ji visada galiojo tik tiek, kiek tai atrodė esant pagrįsta: Pietuose – vietiniais papročiais, Šiaurėje – dėl kokybinių romėnų teisės savybių.

Karolingų valdymo pabaigoje ir Kapetingų valdymo pradžioje (X ir XI a.) frankų teisė skilo į daugybę mažų ir mažyčių teisės galiojimo sričių, kurios atsirado dėl bažnytinių ir dinastinių teritorijų susidarymo (plg. *Mitteis*, p. 152 ir kt.). Būtent XIII a. atsirado nemažai teisinių knygų, kurias sukūrė gerbiami praktikai ir fiksavo konkretaus krašto *Coutume*. Prie svarbiausių iš šių knygų yra priskirtinos *Livre de Jostice et de Plet*, kuri pateikė *Orleano Coutumes* (su plačiai naudojamais romėnų ir kanoninės teisės intarpais), toliau – *Philippe de Beaumanoir* Coutumes de Beauvaisis ir Normanų paprotinės teisės didysis rinkinys *(Grand Coutumier de la Normandie)*, kuris ir šiandien sudaro Normandijos salų privatinės teisės pagrindą. Be abejo, niekas nesikeičia dėl to, kad Šiaurės Prancūzijos paprotinė teisė daugiausia rėmėsi žodine tradicija, o jeigu teisėjas nežinojo *Coutume* taikomos atitinkamos normos, jos nustatymui jis turėjo leisti įvykti *enquete par turbe*, kuriai esant tam tikras ginčytinos srities gyventojų skaičius pagal geriausią atsiminimą turėjo nurodyti *Coutume* turinį. *Coutumes* išsiskaidymas, sunkiai nustatomas jų turinys ir iš to išplaukiantis teisės neaiškumas buvo tos priežastys, kurios XV a. paskatinio Prancūzijos karalystę sudaryti planą, kaip iš šios padėties rasti išeitį. 1454 metais Karolis VII išleido *Montils-les-Tours* ordonansą, karaliaus įsaką, kuriuo paliepė žinomiems žmonėms, padedant karališkajai ekspertų komisijai, užrašyti *Coutumes*, o jau užrašytus – pakoreguoti. Užrašoma buvo lėčiau negu tikėtasi, Karolio VII įpėdiniai įsakymą redaguoti turėjo kartoti daug kartų. Reikėjo įveikti atskirų kraštų, pirmiausia Normandijos, pasipriešinimą (plg. šiuo klausimu išsamiai *Dawson*, ten pat). Tačiau neabejotina, jog šis centrinės karališkosios valdžios aktyvumas sustiprino paveldėtos paprotinės teisės priešinimąsi romėnų teisei. *La rédaction des coutumes au XVIe siècle*, – rašo prancūzų teisės istorikas Olivier Martinas, *sur l'initiative déterminée de la royauté, sauva sans doute la France de la réception massive du droit romain effectuée en Allemagne* (ten pat, p. 13). Neabejotina ir tai, jog *Coutume* užrašymu buvo sukurta prielaida laipsniškam *bendros* prancūzų paprotinės teisės *(droit coutumier commun)* išplėtojimui ir galiausiai buvo pasiektas tas *droit coutumier* ir *droit écrit* suvienijimas, be kurio 1804 metais *Code civil* niekada nebūtų galėjęs įgyvendinti Prancūzijos teisės suvienodinimo.

Apie XVI a. pabaigą pagal karaliaus numatytą procedūrą buvo užrašyti visi svarbūs ne vien tik vietinės reikšmės *Coutumes*. Visada buvo vertinama tai, jog Prancūzų revoliucijos išvakarėse galiojo ne mažiau kaip 60 plačiai taikomų ir, žinoma, viena su kita iš dalies giminingų, paprotinės teisės sistemų *(coutumes générales)* ir net 300 grynai vietinės reikšmės *Coutumes (coutumes locales)*.

Aišku kaip ant delno, kad įvairių gretimai galiojančių *Coutumes* egzistavimas sukėlė teisinių problemų visur, kur tik dalyko aplinkybės siejosi su keletu teisės sistemų, pavyzdžiui, tuo atveju, kai bretonas Paryžiuje surašė testamentą, o Bretanės *Coutume* testamento formai nustatė kitas prielaidas nei Paryžiaus *Coutume*. Taigi teisinė disciplina, kurią šiandien vadiname Tarptautine privatine teise, Prancūzijoje ėmė gyvai plėtotis XVI amžiuje. Šis plėtojimasis susijęs su Dumoulino (1500–1566), ypač d'Argentre vardais; palyginkime šiuo klausimu iš esmės rašiusį Gammilschegą, *Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts* (Dumoulino įtaka kolizinės teisės plėtrai, 1955).

Nors užrašius svarbesnius *Coutumes* teisės chaosas iš esmės sumažėjo, tačiau vien užrašius negalėjo išnykti *Coutumes* dalykiniai nukrypimai, lygiai kaip ir didysis skirtumas tarp *pays du droit écrit* ir *pays du droit coutumier*. Kuo tvirtesnė darėsi prancūzų karaliaus padėtis, tuo dažniau teisės skilimas buvo nepageidautinas reiškinys; skubiai reikėjo sukurti vieningą prancūzų civilinę teisę.

Svarbių impulsų skirtingų paprotinių teisių derinimui suteikė Paryžiaus *Coutume*. Jis buvo užrašytas jau 1510 metais ir ilgainiui vis stiprėjo. Jis rėmėsi pirmiausia labai įtakinga Paryžiaus teismo *(Parlement de Paris)*, kurio teismingumas buvo labai platus ir, išskyrus Bretanę bei Normandiją, apėmė beveik visą *droit coutumier* sritį, praktika. Šio teismo teisėjai turėjo taikyti įvairiausius *Coutumes*, ir yra aišku, kad sprendžiant abejotinus klausimus ir užpildant teisės spragas pamažu susiformavo unifikuotų normų pradmenys. Tai patvirtina faktą, jog 1580 metais naujai redaguojant ir išplečiant Paryžiaus *Coutume* buvo įtrauktas skyrius, kuriame įdėta *Parlement* teisminės praktikos santrauka *(abrégé)* apie *guestions générales*. Vis labiau ir labiau buvo pripažįstama idėja, jog Paryžiaus *Coutume* (dar prieš taikant romėnų teisę) galintis būti taikomas kaip papildomas teisės šaltinis visais tais atvejais, kai taikytinoje krašto teisėje būdavo aptinkama spragų.

Lemiamos reikšmės laipsniškam bendros prancūzų civilinės teisės atsiradimui turėjo daugelis įžymių teisininkų, kurie įtaką darė ne kaip profesoriai, bet kaip praktikai, advokatai, teisės ekspertai, karališkieji valdininkai ir teisėjai. Pirmiausia čia reikia paminėti Dumouliną. Jis pirmasis atstovavo nuomonei, jog bendra teisė Prancūzijoje esanti įvairiuose *Coutumes* išreikštų teisinių idėjų visuma. Jo darbai, ypač garsusis ir įtakingasis pirmosios Paryžiaus *Coutume* knygos komentaras, visų pirma siekia rasti tuos bendrus teisės principus. Be to, juose nuolat kritiškai viena su kita lyginama įvairių *Coutumes* teisė, ir tai daroma vadovaujantis principu, jog *deficiente consuetudine... non est reccurendum ad ius Romanum, sed ad vicinas et generales et promiscuas consuetudines Galliae* (plg. *Gamillscheg*, ten pat, p. 88). Šalia Dumoulino reikia paminėti ir Coquille'ą (1523–1603), kuris rašė Nevers grafystės *Coutume* komentarą ir *Institution au droit français*. Abiejuose veikaluose pareiškiama, jog lyginamosios teisės metodas turi tarnauti derinimui – tai užduotis, kurią lyginamoji teisė turi atlikti ir šiandien, tik jos studijų objektas nebe vietiniai *Coutumes*, o nacionalinės teisės sistemos.

Dumoulinas, Coquille'as ir kiti panašiai mąstantys XVI a. autoriai, be abejo, nebūtų galėję taip lemtingai plėtoti *droit coutumier commun*, jei nebūtų, ypač Paryžiuje, susiformavęs galingas ir gerbiamas teisininkų luomas, kuris jautė pareigą tokiems tikslams. Ypač Koschakeris pabrėžė, jog romėnų teisės atsisakymas Anglijoje, apie kurį dar kalbėsime, lygiai kaip ir jos apgalvotas įtraukimas Prancūzijoje, gali būti suvedami į tai, jog abiejose šalyse anksti susidarė gerai organizuotas ir todėl įtakingas praktikuojančių teisininkų luomas, kuris jautėsi

esąs karaliaus sąjungininku, buvo suinteresuotas teisingumo centralizavimu ir atviras nacionalinei teisei. Jau XIV a. Paryžiaus teismą sudarė nebe prelatai, baronai ir kilmingi rūmų tarnautojai, o teisinį išsimokslinimą gavę iš buržuazijos kilę profesionalūs teisėjai, kurie karaliaus buvo skiriami ne atskiroms byloms arba tam tikriems posėdžiavimo laikotarpiams, bet neribotam laikui *(à tant qu'il nous plaira)* ir *Parlement* siūlymu reguliariai renkami iš praktikuojančių advokatų bei teisės ekspertų. XV ir XVI a. karalius pripažino, kad teisėjo pareigas galima parduoti ir paveldėti, ir ši aplinkybė, kad ir kokia ji šiandien mums atrodytų šokiruojanti, prisidėjo prie to, kad prancūzų teisininkų luomas šiandieną yra tvirtas.

Iš esmės suteikta neribota galimybė parduoti teisėjo pareigas; o teisėjo pareigų paveldimumas prisidėjo prie daugybės teisininkų šeimų su tvirta tradicija atsiradimo... Taip susidarė teisinės aristokratijos luomas, *noblese de robe*, susidedantis iš besididžiuojančių savo luomine padėtimi šeimų, pasižyminčių aukštu išsilavinimu ir atitinkamu gyvenimo būdu, kuris teisėjus, priešingai nei Vokietijoje, apsaugojo nuo per didelio suvaldininkėjimo... Tai buvo teisinės praktikos vyrai, kurie iš centrinio Paryžiaus parlamento, nesvarbu, ar jie buvo teisėjai, ar advokatai, ar savo rašto darbais sukūrę bendrą Prancūzijos civilinę teisę. Tačiau ši teisė ne dėl Paryžiaus *Coutume*, kuris formaliai nors ir nebuvo bendroji Prancūzijos teisė, tačiau savo reikšme labai viršijo kitus *Coutumes*, daugiausiai buvo senoji vietinė teisė, iš romėnų teisės buvo imami tobulesni terminai, o kur buvo būtina – ir materialinės teisės normos. Taigi ne tik Anglijoje, bet ir čia teisininkai buvo tie, kurie neatsisakė romėnų teisės recepcijos, bet ją priartino prie vietinių papročių ir taip sukūrė didelę nacionalinės teisės dalį (*Koschaker*, ten pat, p. 169, 223).

XVII ir XVIII a. susiduriame su pirmaisiais teisininkais, kurių darbai tiesiogiai pasitarnavo civilinio kodekso kūrėjams kaip pavyzdys ir orientacija. Pirmiausia paminėtinas Bourjonas, Paryžiaus advokatas ir puikus savo gimtojo miesto *Coutumes* žinovas, parašęs įtakingą kūrinį *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (1720). Nuo teisinės praktikos daug labiau nutolęs, labiau filosofinio mąstymo ir veikiamas savo draugo Pascalio yra Domatas (1625–1696). Jis yra didysis sistemintojas, kuris savo veikale *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1689) laiko poreikiams pritaikytą romėnų teisę susistemino remdamasis prigimtinės teisės idėjomis ir tuo padėjo sukurti *Code civil* mokslinius pagrindus. Didžiausią įtaką *Code civil* redaktoriams padarė Pothieras (1699–1772). Jo stiprybė yra ne sisteminėje trumpoje apžvalgoje ir ne jo minčių originalume; priešingai, istorikas A. Dumas netgi tvirtina, *qu'il se bornait parfois à rapporter en bon français ce que Dumoulin auparavent avait dit en mauvais latin*. Šiaip ar taip, Pothieras buvo ir romėnų, ir *Coutumes* teisės profesionalas, o jei jis elgėsi labiau eklektiškai, tai jo gausūs mažesnės apimties veikalai apie prievolinę, pirkimo ir pardavimo, nuomos, dovanojimo teisę pasižymi ir stilistine elegancija, ir krištoliniu skaidrumu bei terminų tikslumu.

Prancūzijos teisės istorijoje teisės vienovė yra pasiekta *karališkaisiais nutarimais*. Iki XVI a. šie nutarimai nagrinėjo lenų teisės, procesinės teisės ir teismų santvarkos klausimus; tik vėliau buvo sureguliuotos ir materialinės civilinės teisės sritys. Viena dar pusiau procesinių teisės normų grupė buvo aptarta *Ordnonnance de Moulins* (1566). Vėliau liudytojų pateikiami įrodymai procesuose, kuriuose buvo bylinėjamasi dėl daugiau nei 100 svarų sterlingų, buvo neleistini. Šis reguliavimas, kuris atlieka formos funkciją, ir šiandien yra *Code civil*, nors, žinoma, ir su kita vertybių riba (1341

str., plg. šiuo klausimu p. 363). Iš XVII a. paminėtini *Ordnonnance du commerce* (1673) ir *Code de la marine* (1681), kuriuose buvo nustatytas ypatingas prekybos ir jūrų teisės teisinis reguliavimas ir buvo padėtas pagrindas tam, kad romanų ir Vokietijos teisės šeimos (išskyrus Šveicariją ir Italiją) dar ir šiandien, angloamerikiečių teisininko nuostabai, skiria civilinę teisę (siaurąja prasme) ir prekybos teisę. Tris ypač svarbius nutarimus karaliaujant Liudvikui XV išleido jo kancleris Daguesseau; vienas jų skirtas dovanojimo teisei (1731), antras – testamentinei teisei (1735); šiuo atveju būdinga tai, jog jame *pays du droit écrit* ir *pays du droit coutumier* buvo numatytas išskirtinis teisinis reguliavimas. Trečiasis nutarimas įtvirtino (1747) fideikomisų teisę. Pirmieji du nutarimai vėliau buvo perimti į svarbias *Code civil*, paskutinis – tik labai ribotai reguliavimo sričiai, kurią *Code civil* dar paliko fideikomisams, kaip praėjusios feodalinės sistemos teisės institutui. Palyginkime šiuo klausimu Wilhelm, *Gesetzgebung und Kodifikation*, ten pat.

Nepaisant visų pastangų, Prancūzija revoliucijos išvakarėse buvo dar toli nuo vieningos teisės. Praraja skyrė *droit écrit* ir *droit coutumer* kaip ir anksčiau. Svarbūs, daugiau nei vietinės reikšmės *Coutumes,* visur buvo kodifikuoti. Ši aplinkybė tik dar labiau išryškino tarp jų egzistavusius skirtumus, o Voltaire'as galėjo *teisėtai* juoktis:

Et n'est -ce pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre? Par quelle etrange barbarie se peut -il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi? Il en est ainsi de poste dans le royaume; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux. (Oeuvres de Voltaire [1838] Dialogues, p. 5).

Vis dėlto yra teisinga, kad intelektiniai pagrindai didžiajam mokslo ir praktikos suvienijimui buvo seniai padėti, *droit coutumier commun* arba, kaip dabar vis dažniau buvo sakoma, *droit français* idėja aiškiai suformuluota ir jau 150 metų yra prancūzų teisės mokslo svarbiausias motyvas. Kad šią unifikuotos Prancūzijos civilinės teisės idėją būtų galima paversti realybe, reikėjo dar dviejų dalykų: viena, galingo prancūzų revoliucijos impulso, antra, Napoleono autoriteto ir ryžto.

III.

Droit intermédiaire vadinama revoliucijos laikotarpio teisė, kuri įsigaliojo tarp konstituciją leidžiančio susirinkimo posėdžio *(Assemblée Constituante)* 1789 metais ir Napoleono Bonaparto valstybinės valdžios perėmimo 1799 metais. Tai yra teisė, kuri kaip jokia kita teisė per keletą metų visiškai sugriovė visą paveldėtą socialinę tvarką. Absoliutinės monarchijos valdymo forma, karaliaus, aristokratijos, dvasininkijos ir teisėjų oligarchijos *(noblesse de robe)* egzistavimas, senas teritorinis šalies suskirstymas į provincijas, feodalinė žemės valdymo sistema, teismų ir mokesčių sistema – visi šie *ancien régime* institutai per trumpą laiką buvo visiškai sunaikinti. Į jų vietą atėjo švietimo laikotarpio visuomenės modelis, kokį sukūrė Diderot'as, Voltaire'as ir Rousseau: pagal jį žmogus, kaip protinga, atsakinga būtybė gimdama įgyja neatimamą teisę į sąžinės, religijos išpažinimo ir ūkinės veiklos laisvę. Žmogus nebestovi prieš *ancien régime* luomines grupes, o tik prieš valstybę, kuri yra įpareigota išlaisvinti pilietį nuo paveldėtų feodalinių, bažnytinių, šeimyninių, korporacinių ir luominių įsipareigojimų bei autoritetų ir suteikti jiems visiems lygias teises.

Žinoma, realizuodama šiuos reikalavimus revoliucija pirmaisiais metais dėl karštligiško aktyvumo įstatymų leidyboje kartais perdėdavo savo individualistinį radikalizmą civilinės teisės srityje; civilinio kodekso išmintingi kūrėjai vėliau atsisakė kai kurių kraštutinių pozicijų. 1791 metais *Assemblé Constituante* dekretu be kompensacijos buvo panaikintos visos feodalinės žemės prievolės, visos pirmuoju gimimu įgyjamos pirmenybės teisės ir kiti skirtumai pagal amžių bei lytį, anksčiau buvę svarbūs įstatyminiam paveldėjimui. Kartu buvo nustatytas visiškas ir lygus paveldėjimo teisę turinčių tiek kilnojamo, tiek ir nekilnojamo turto padalijimas tarp palikuonių arba paveldinčių pagal testamentą: *Tous héritiers en égal degré succèdent par portions égales aux biens qui leur sont déférés par la loi.* Tuo dar vis dėlto buvo suteikta galimybė atskiriems asmenims testamentu suteikti privilegiją arba suvaržyti palikimą ilgam laikui. Revoliucija atsisakė: uždraudė ne tik fideikomisinę substituciją, kuri funkcine prasme atitinka antrinio paveldėjimo institutą; stengiantis išskaidyti žemės nuosavybę nueita taip toli, kad norėta pašalinti testamento sudarymo ir dovanojimo laisvę. Todėl 1793 metais Nacionalinis konventas išleido dekretą, kad *la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe, est abolie; en conséquence, tous les descendants auront une portion égale sur les biens des ascendants.* Jei buvo palikuonių, palikėjas testamentiškai galėjo disponuoti tik 1/10 palikimo, esant šalutinės linijos giminaičiams – tik 1/6 palikimo, ir tai tik trečiųjų asmenų atžvilgiu, nes kitaip būtų buvusi pažeista turinčių teisę paveldėti giminaičių *sainte égalité.*

Šeimos teisėje buvo parodytas ne mažesnis radikalizmas. *Patria potestas*, kuri *pays du droit écrit* tėvui suteikė tam tikrą tėvo valdžią ir pilnamečiams asmenims, buvo panaikinta kaip nesuderinama su žmogaus teisėmis. Kanoninės teisės nustatytos santuokinės kliūtys buvo smarkiai apribotos, santuokos sudarymo sąlygos, ypač reikalavimas tėvų sutikimo, sumažintos iki minimumo. Pati santuoka buvo laikoma civiline sutartimi, *contrat social.* Iš to sekė (tiems laikams negirdėtas teiginys), jog kiekvienas sutuoktinis sutartį gali nutraukti ir reikalauti nutraukti santuoką; pakankamas pagrindas tam buvo tvirtinimas, jog tarp sutuoktinių egzistuoja *incompatibilité d'humeur ou de caractère.* Pagrindimas, teikiamas šiam principui, buvo aiškus savaime: *La faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle dont un engagement irrévocable serait la perte.* Buvo įvesta privaloma civilinė santuoka ir valstybinis civilinės būklės registras. Nesantuokinių vaikų, kurie buvo pripažinti tėvų, teisės buvo sulygintos su santuokinių vaikų, tik su vienu apribojimu: tokie nesantuokiniai vaikai, kuriuos pradedant bent vienas iš tėvų buvo susituokęs su trečiuoju asmeniu, turėjo gauti tik trečiąją dalį to palikimo, kuris būtų priklausęs, jei vaikas būtų santuokinis.

Nuo pat pradžių vienas iš svarbiausių revoliucijos reikalavimų buvo – sukurti unifikuotą civilinę teisę. Jau *Assemble Constituante* nustatė kaip programą: *Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume.* 1793 metais Cambacères pateikė pirmąjį projektą, kuriame buvo 697 straipsniai, bet jis greitai buvo atmestas kaip pernelyg sudėtingas ir per platus; buvo reikalaujama *des conceptions plus simples et plus philosophiques* (plg. *Fenet*, p. I XLVII). Antrasis projektas, kurį Cambacères pateikė kitais metais ir kurį sudarė tik 297 straipsniai, Nacionaliniam konventui vėlgi pasirodė pernelyg lakoniškas ir trumpas. Po to 1796 metais nepavargstantis Cambacères pateikė Penkių šimtų tarybai, įstatymų leidybos institucijai, sudarytai pagal Direktorijos konstituciją, trečiąjį projektą, kurio svarstymas užsitęsė ilgai, ir Napoleonui perėmus valdžią 1799-ųjų pabaigoje buvo staigiai nutrauktas.

Nuo to laiko reikalai ėmė judėti greičiau. Pirmiausia Napoleonas įvedė konsulato Konstituciją, kuri vykdomąją valdžią ir įstatymų leidybos iniciatyvos teisę suteikė trims konsulams, tarp kurių Napoleonas buvo pirmasis, o kiti du turėjo tik patariamąjį balsą. Konstitucija numatė, jog įstatymų projektai konsulų pavedimu turį būti redaguojami Valstybės Tarybos *(Conseil d'État),* o paskui konsulų išplatinami tribūnatui, kuris projektui galėjo tik pritarti arba atmesti, tačiau negalėjo jo pakeisti. Po to projektas turėjo būti pateiktas įstatymų leidybos susirinkimui *(Corps législatif).* Ši institucija, žinoma, labiau priminė parlamento parodiją, nes jis, išklausęs vyriausybės ir tribūnato pozicijų, projektą be diskusijų galėjo arba priimti, arba atmesti. Įsigaliojus šiai konstitucijai Napoleonas energingai ir apdairiai ėmėsi kurti *Code civil.* Jis paskyrė tik keturių asmenų redakcinę komisiją, kuriai priklausė ne revoliuciniai pramuštgalviai, o patyrę praktikai: tai *droit coutumier* atstovas Tronchetas, Kasacinio teismo pirmininkas, ir Bigot de Préameneu; abu buvo advokatai prie Paryžiaus *Parlement;* toliau *droit écrit* atstovas Portalis, aukštas valdininkas ir puikus oratorius bei rašytojas, ir Maleville'as, Kasacinio teismo teisėjas. Per labai trumpą keturių mėnesių laiką komisija sukūrė projektą, kuris buvo pateiktas Kasaciniam ir Apeliaciniam teismams, o paskui, kartu su teismų atsiliepimais, pateiktas svarstyti *Conseil d'État,* pirmininkaujant konsului, dažniausiai pačiam Napoleonui. Čia buvo nuspręsta, kad kodeksą reikia suskirstyti į didelius skyrius ir kiekvieną iš jų atskirai pateikti įstatymų leidybos procesui. Be abejo, jau svarstant pirmuosius skyrius kilo pasipriešinimas tribūnate. Šioje institucijoje sėdėjo asmenys, kurie Direktorijos konstitucijos panaikinimą ir jauno generolo Napoleono iškilimą stebėjo su dideliu nepasitikėjimu, tarp jų buvo Benjaminas Constantas, artimai draugavęs su madame de Stae, jos salone gyvai vykdęs opozicinę veiklą, nukreiptą prieš pirmąjį konsulą, o vėliau emigracijoje išgarsėjęs savo kovingais, prieš Napoleoną nukreiptais raštais. Ne tiek dėl dalykinių priežasčių, kiek dėl nepasitikėjimo ir pavydo tribūnatas, o pastarojo balsavimo metu ir *Corps législatif* atmetė pirmuosius projekto skyrius. Napoleonas reagavo stebėtinai. Nieko nelaukdamas atsiėmė visą įstatymo sumanymą, nes, kaip jis pareiškė, dar nėra tos protų ramybės ir sutarimo, kurių reikia taip svarbiam projektui. Po to jis „išvalė" tribūnatą nuo jam priešiškų asmenų (turėjo išeiti ir Constantas) ir įsakė, jog ateityje tribūnatas iš anksto, dar nepateikus įstatymo projekto jam ir *Corps législatif,* neoficialiai paklaustų jo pozicijos. Po beveik vienerių metų pertraukos Napoleonas vėl pradėjo įstatymų leidybos procesą, ir 1803 bei 1804 metais buvo išleisti 36 atskiri įstatymai, kurie galiausiai buvo apibendrinti 1804 metų kovo 31 dienos įstatymu ir įsigaliojo kaip Prancūzijos civilinis kodeksas.

Koks vaidmuo, kuriant civilinį kodeksą, teko Napoleonui? Jau matėme, kad kodeksas tik jo energijos dėka sėkmingai įveikė įstatymų leidybos mašiną. Kitas klausimas, kokią įtaką jis padarė civilinio kodekso išorinei ir vidinei formai. *Conseil d'État* redakcinės komisijos projektą svarstė 102 posėdžiuose, iš kurių Napoleonas pirmininkavo ne mažiau kaip 57 ir kuriuose jis aktyviai dalyvavo. Žinoma, Napoleonas nebuvo teisės mokslininkas; jis buvo kareivis ir *Code civil* svarstymo metu buvo aktyviai įsitraukęs į veiklą prieš anglus. Svarbius institutus, kaip *prievolinę teisę* ir *sutuoktinių turtinę teisę, Conseil d'État* apsvarstė be jo; grynai teisiniuose debatuose jis menkai dalyvavo. Tačiau jo indėlis į civilinio kodekso kūrimą buvo žymus. Tuomet 34 metų Napoleonas buvo valstybės viršūnėje; visi amžininkai mums tvirtina, kad jo asmenybė turėjo žavingą poveikį. Jis buvo tas, kuris *Conseil d'État* posėdžiuose žvilgsnį vis nukreipdavo nuo juridinio taško į gyvenimą, žaibiškai suvokdavo abstrakčių normų svarbą, suktas diskusijas nutraukdavo vienu žodžiu, duodamas aiškius ir paprastus klausi-

mus ir vėl diskusiją sutelkdavo į tai, kas yra praktiška ir akivaizdu, ir pirmiausia reikalavo, jog įstatymų kalba būtų skaidri ir suprantama net jam, neteisininkui. Buvo tvirtinama, jog civilinio kodekso aiškumas ir suprantamumas kyla iš to, kad jo kūrėjai nuolat turėjo savęs klausti, ar pasirinktos formuluotės atlaikys kritinį labai inteligentiško, tačiau su teisine terminija nesusipažinusio, tokio vyro kaip Napoleonas, žvilgsnį. Thibeaudeau, dalyvavęs *Conseil d'État* svarstymuose kaip *Conseil d'État* narys, nedaug perdėjo, savo prisiminimuose Napoleono dalyvavimą apibūdinęs tokiais žodžiais:

Il provoquait [la discussion], il la soutenait, la dirigeait, la ranimait... Il parlait sans apprêt, sans embarras, sans prétention, avec la liberté et sur le ton d'une conversation s'animait naturellement suivant que l'exigeaient la matière, la contrariété des opinions et le point de maturité où la discussion était parvenue. Il n'y fut jamais inférieur à aucun membre du Conseil; il égala quelquefois les plus habiles d'entre eux par sa facilité à saisir le noeud des questions, par la justesse de ses idées et par la force de ses raisonnements. Il les surpassa souvent par le tour de ses phrases et l'originalité de ses expressions (cituota pagal *Sorel*, Livre du Centenaire, p. I XXV).

Napoleonas daugelyje punktų paveikė ir dalykinį kodekso turinį. Ypač iškalbingai jis gynė stiprios, patriarchališkos šeimos idėją; jo pagrindinė mintis šiuo atveju buvo, kaip rašo Savatier aukščiau nurodyto veikalo 25 puslapyje: *La famille forte, dans un État omnipotent, sous un Napoléon au - dessus de tout.* Kad jis taip primygtinai gynė *par consentement mutuel* santuokos nutraukimą ir įvaikinimą, pirmiausia, be abejo, galima aiškinti asmeninėmis priežastimis. Napoleonas jau tuomet žavėjosi dinastijos kūrimo planu ir, remdamasis 1802 metų referendumu, prisiskyrė sau teisę būti konsulu iki gyvos galvos ir įpėdinio skyrimo teisę. Kita vertus, jis žinojo, kad jo santuoka su Josephine Beauharnais bus bevaikė, taigi šiuo atveju antroji santuoka ir įvaikinimas pasirodė esą tie keliai, kuriais jis galėtų pasiekti palikuonių ir tuo pačiu turėti įpėdinį. Kaip aukštai Napoleonas pats įvertino savo nuopelnus civiliniam kodeksui, rodo jo žymusis pasisakymas, daug vėliau jo pasakytas tremtyje šv. Elenos saloje: *Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné 40 batailles. Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil.*

7. CIVILINIO KODEKSO DVASIA IR PAGRINDINIAI BRUOŽAI

Išskyrus prieš 6 paragrafą išvardytą literatūrą: *Audit*, Recent Revisions of the French Civil Code, La.L.Rev. 38 (1978); *Boehmer*, Der Einfluss des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, AcP 151 (1950/51) 289; *to paties autoriaus*, Grundlagen des französischen Privatrechts im 20. Jahrhundert, RabelsZ 18 (1953) 480; *Bürge*, Das französiche Privatrecht im 19. Jahrhundert zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus (1991); *David*, Englisch Law and French Law (1980); *to paties autoriaus*, French Law, Its Structure, Sources and Methodology (1972); *Ferid/Sonnenberger*, Das Französiche Zivilrecht, § 1 ir 2; *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, I tomas (1975) Kap. 6; *Friedrich*, The Ideological and Philosophical Background, veikale: The Code Napoleon and the Common Law World (Lei-

dėjas: B. Schwartz, 1856) 1; *Gény*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 tomai (1954); *Gordley*; Myths of the French Civil Code, Am.J.Comp.L. 42 (1994) 459; *Kahn-Freud/ Lévy/Rudden*, A Source-book on French Law; *Lawson*, The Approach to French Law, Ind.L.J. 34 (1959) 531; *to paties autoriaus*, Réflections d'un juriste anglais sur le cent-cinquantenaire du Code civil, Rev.int.dr.comp. 6 (1954) 665; *Murdock*, Le Code civil vu par un Américain, Rev.int.dr.comp. 6 (1954) 678; *Portalis*, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil (Leidėjas: F.Portalis, 1844); *Ripert*, Les régime démocratique et le droit civil moderne (1948); *Savatier*, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujoud'hui, 3 tomai (1959/64); *to paties autoriaus*, Destin du Code civil français, Rev.int.dr.comp. 6 (1954) 637; *Thieme*, das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte (1947); *Tunc*, The Grand Outlines of the Code Napoleon, Tul.L.Rev. 29 (1955) 431; *to paties autoriaus*, Methodology of the Civil Law in France, Tul.L.Rev. 50 (1976) 459; *Wieacker*, das Sozialmodell der klassichen Privatrechtsgesetzbücher (1953); *to paties autoriaus*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967) 322 ir kt.

I.

Tarp didžiųjų kodifikacijų, kurios įsigaliojo Vidurio ir Vakarų Europoje XVIII ir XIX šimtmečių sandūroje, prancūzų civilinis kodeksas savo intelektine reikšme ir savo istorine paplitimo galia neginčijamai yra svarbiausias. Prancūzijos civilinis kodeksas, kaip ir 1794 metų Prūsijos žemės teisynas bei 1811 metų Austrijos civilinis kodeksas, remiasi švietimo laikotarpio ir prigimtinės teisės pagrįstu įsitikinimu, kad sutvarkyta gausia nauja teisine medžiaga planingai gali būti dedamas visuomeninio gyvenimo racionalus pagrindas. Tačiau įvairūs kodeksai šį tikslą bandė pasiekti visokiausiais būdais ir labai įvairiose istorinėse situacijose. Prūsijos žemės teisės daugelis punktų buvo pažymėta švietimo dvasia, tačiau iš esmės ji liko sukaustyta Frydricho valstybės luominės struktūros, kuri pavaldinį valstybiškai rūpestingai vedžiojo „už trumpo pavadžio" ir savo nelanksčia kazuistika dėka teisėjų kuriamos teisės ir mokslo apsunkino bet kokį teisės plėtojimą. Austrijos civiliniame kodekse, priešingai, kur kas stipresnė buvo švietimo idealizmo bei racionalizmo dvasia ir, kitaip nei Prūsijos žemės teisė, jis buvo abstrakčiai trumpas, aiškus ir apžvelgiamas. Tačiau socialinei tikrovei jis užbėgo už akių ta prasme, kad XIX šimtmečio pradžios Austrija, valdant Metternichui, tiek vidaus, tiek ir užsienio politikoje tapo ryžtinga kovotoja už monarchinio absoliutizmo restauraciją ir todėl nesudarė prielaidų, kurioms esant įstatymu nustatytos laisvės ir liberalios idėjos būtų galėjusios visapusiškai plėtotis. Kitaip buvo Prancūzijoje: jos kodeksas nėra, kaip Prūsijoje ir Austrijoje, paskelbtas švietimo vyresnybės; priešingai, *buržuazija* revoliuciniu perversmu pašalino nusenusias *ancien régime* institucijas, paskui įkūrė buržuaziniu teisinės lygybės principu pagrįstą valstybę ir šioje situacijoje galiausiai sukūrė kodeksą, kuris atsižvelgė į revoliucinius lygybės ir laisvės reikalavimus. Tik Prancūzijoje kodifikacija buvo skatinama revoliucinio judėjimo įkvėpimo, ir tik čia kodekso visuomenės įvaizdis ir socialinė tikrovė visiškai sutampa.

Be abejo, ideologiją ir tikrovę reikia atskirti. Kaip labai amžininkams norėtųsi civiliniame kodekse matyti revoliucijos iškėlimą, taip detaliau nagrinėjant paaiškėja, kad kodeksas yra ir konservatyvus, kad jis remiasi atkaklia inercija išlaikyti tradicinius teisės institutus. Be abejo, kai kurias civilinio kodekso nuostatas galima skaityti kaip aiškius prisipažinimus, jeigu esame nuosavybės ir sutarčių laisvės šalininkai:

Palyginkime 544 str.: „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements". 1134 str. 1 d.: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les on faites".

Tačiau labai abejotina, ar Prancūzijos CK pirmtakai šiomis nuostatomis iš tiesų norėjo paskelbti naują individualizmo ir liberalizmo erą. Naujesnieji tyrimai parodė, kad 544 ir 1134 straipsnių formulės jau šimtus metų buvo žinomos europinėje jurisprudencijoje, tad jos be didelių svarstymų buvo perimtos civilinio kodekso kūrėjų (plg. šiuo klausimu *Gordley*, ten pat), ir kad jos daug vėliau, apie XIX šimtmečio vidurį, pirmąkart buvo revalvuotos iki liberalių programinių teiginių (plg. šiuo klausimu *Buerge*, ten pat). Teisinga, kad civilinis kodeksas tvirtai laikėsi svarbių revoliucijos laimėjimų: lygaus palikimo padalijimo principo, radikalios santuokos sudarymo sekuliarizacijos, visiško feodalinių žemės prievolių panaikinimo, fideikomisinių substitucijų draudimo. Tačiau jis pašalina ir kai kurias normas, su kuriomis, kaip buvo manoma, *droit intermédiaire* buvo nuėjusi per daug toli. Santuokos nutraukimas yra leistinas, tačiau *consentement mutuel* santuokos nutraukimo pagrindas smarkiai apsunkinamas komplikuotomis procesinėmis taisyklėmis. Testamento sudarymo ir dovanojimo laisvė, kuri siekiant žemės valdymo sutriuškinimo buvo panaikinta, yra vėl atkuriama, nors ir *quotite disponible*, ir todėl daug menkesniu mastu nei Vokietijos ar net angloamerikiečių teisinėje erdvėje.

Droit intermédiaire vertintina kaip prieštaraujanti žmogaus teisėms, kai pilnamečio asmens santuokos sudarymo laisvė apribojama tėvų sutikimo reikalavimu. Taip pat ir šiuo atveju Prancūzijos CK konfliktą tarp laisvo individo apsisprendimo ir patriarchališkai organizuoto šeimyninio junginio galiausiai išsprendė pastarojo naudai: jei jaunikis yra jaunesnis nei 25 metų, o nuotaka jaunesnė nei 21 metų, santuokos sudarymas be tėvų sutikimo (jų mirties atveju – be senelių sutikimo) yra negalimas. Jei jaunikiui 25 metai ar jis yra vyresnis, jis gali tuoktis be tėvų sutikimo, tačiau tik tuo atveju, jei jis prieš tai tris kartus kas mėnesį per teismo antstolio pristatomą „pagarbų prašymą" *(sommation respectue)* nesėkmingai bandė gauti tokį sutikimą. Jei jaunikis yra 30 metų amžiaus ir vyresnis, pakanka vienkartinio prašymo. Panaši, arba, jei norime, regresyvi raida įvyko vyro ir moters teisinės padėties sulyginime šeimos teisėje. Iš pradžių revoliucinis pilietinės teisinės lygybės principas labai nešališkai buvo perkeltas ir į sutuoktinių tarpusavio santykius; todėl Cambacères pirmajame savo projekte pasiūlė, kad *les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens. Tout acte emportant vente, engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre, n'est valable s'il n'est consenti par l'un et l'autre des époux* (*Fenet*, ten pat, I p. 20). Trečiajame projekte jis atsisakė šios pozicijos ir, kaip vėliau civiliniame kodekse, valdymo teisę priskyrė vien tik vyrui: teisinga, jog visi socialiniai santykiai būtų valdomi lygybės principu; tačiau santuokos srityje vyro viršenybė atitinkanti *ordre naturel*, o priešingas priėmimas vedąs prie *débats qui détruraient les charmes de la vie domestique* (*Fenet*, I p. 156). Panašiai santuokos nutraukimo teisėje: civilinis kodeksas nemato nieko ydingo tokiame reguliavime, pagal kurį vyras dėl žmonos santuokinės neištikimybės iškart gali prašyti santuokos nutraukimo, o žmona dėl *vyro* santuokinės neištikimybės tik tuo atveju, kai *lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune*. Portalisui šis reguliavimas buvo kone savaime suprantamas: *L'infidélité de la femme suppose plus de corruption et a des effets plus dangereux que celle du mari.*

Gebėjimą spręsti ir vikrumą civilinio kodekso kūrėjai įrodė tada, kai turėjo spręsti sunkią *droit coutumier* ir *droit écrit* derinimo problemą. Čia jų tikslas buvo rasti protingą ir pasvertą kompromisą. Portalis apie tai rašo savo *Discours preliminaire:*

Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général (*Fenet*, I, p. 481).

Iš *droit écrit*, taigi praktiškai iš romėnų teisės, kur kūrėjai plačiai naudojosi klasikiniu Pothiero parengimu, yra paimta bemaž visa sutarčių ir kaimynystės teisė, testamentinė teisė ir sutartinio turtinių santykių režimo šeimos teisėje dotacinė sistema. *Coutumes* teisė, ypač Paryžiaus *Coutumes*, pirmiausia įsitvirtino šeimos ir paveldėjimo teisėje; joje buvo ypač pabrėžiama šeimyninio junginio tvirtumo svarba bei vyro ir tėvų valdžia namuose, nustatyta įstatyminė privaloma dalis palikėjo artimiesiems, iki santuokos įgyto sutuoktinių turto teisinis režimas, taip pat testamento vykdymo klausimai. Sąžiningo nuosavybės įgijimo leidimas (plg. civilinio kodekso 2279 str.) atitinka germanišką įį teisinį mąstymą; žinoma, Vokietijos žemės teisės viešumo principą Prancūzijos CK perėmė sumenkintą, kaip transkripcijų ir inskripcijų sistemą. Tačiau apskritai paradoksaliai galima tvirtinti, jog Prancūzijos CK, kaip centrinė romanų teisės sistemų kodifikacija, daugiau išsaugojo germanų teisinių idėjų nei mažiau kaip 100 metų vėliau įsigaliojęs Vokietijos civilinis kodeksas, kuris pateko į istorinės teisės mokyklos ir pandektinės jurisprudencijos mokyklos įtaką ir todėl daugiau perėmė romėnų tradicijų.

Dažnai buvo keliamas klausimas, ar labai Prancūzijos CK buvo veikiamas *prigimtinio teisinio* mąstymo. Neabejotina, kad kodeksas, kaip visuma, be prigimtinės teisės išplėtotos kodifikacijos idėjos nebūtų tapęs intelektiniu kūriniu. Taigi kodeksas yra pagrįstas prigimtinės teisės idėja, jog egzistuoja autonomiški, nuo religinių tikėjimo teiginių nepriklausomi prigimtiniai principai, iš kurių gali būti išvesta sistema teisinių teiginių, kuriuos planingai įtraukus į apžvelgiamą formą nustatomi moralios ir protingos visuomenės socialinės tvarkos pagrindai. Pirmieji civilinio kodekso projektai, kurie smarkiai ir teisiogiai buvo veikiami revoliucijos, yra užvaldyti šio mąstymo; tačiau kodeksą rengiant jie vis labiau silpnėjo.

Palyginkime šiuo klausimu *Thieme*, p. 25, 38 ir kt.; *Heinsheimer*, p. VII; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967) 322 ir kt. Taip prieš komisijos projektą buvo išdėstytas ypatingas įvadinis skyrius, kuris gana atvirai buvo paimtas iš Domato įvado *Loix civiles*. Ten 1 straipsnyje rašoma: *Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes*. Kitoje vietoje teisėjas yra raginamas spręsti kaip *ministre d'équité*, jei taikytinas įstatymas yra neaiškus; kaip *equite* čia reikia suprasti *le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive* (*Fenet*, II, p. 3, 7). *Conseil d'État* išbraukė beveik visą įvadą su praktiniu argumentu, kad *omnis définition in iure periculosa: „Les lois sont les volontés. Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois"* (*Portalis*, ten pat, p. 100). Prigimtinės teisės idėjų įtaka nusilpusi ir iš anksčiau atėjusių teisės institutų vertinimo pasikeitime: Cambacères dar galvojo, kad *dans nos institutions, dans nos moeurs, dans nos habitudes* esą galima rasti tik radikalios teisės reformos kliūčių

(*Fenet*, p. 140). Priešingai, redakcinei komisijai toks priešiškumas istorijai, koks yra būdingas prigimtinės teisės reformų įkarščiui, buvo visai svetimas: *Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes ne sont past des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre human finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace... Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes; si, en matière d'institutions et le lois, les siècles d'ignorance sont la théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumières ne sont que trop souvent le théâtre des excès* (*Fenet*, I, p. 481).

Nors Prancūzijos CK savo idėja ir koncepcija yra XVIII amžiaus šviečiamosios prigimtinės teisės kūdikis, tačiau praktiniame parengime laimėjo istorinio tęstinumo interesas. Kodeksas, kuris kai kuriems amžininkams pasirodė kaip *réaction contre la Révolution*, bus pagerbtas vėlesnio pasaulio, kuris tapo jo paplitimo liudytoju dėka savo *esprit de modération et de sagesse*.

II.

Rengiant prigimtinės teisės kodifikacijas visur buvo klausiama, koks santykis teisėjo su įstatymu. Doktriniškai perdėtas mokymas apie valdžių padalijimą čia dažnai suformuodavo nuomonę, jog iš teisėjo reikia paimti bet kokius teisės plėtros įgaliojimus ir kazuistine įstatymų redakcija padaryti jį mechaniniu teisės taikytoju.

Frydrichas Wilhelmas II savo leidime skelbti Prūsijos žemės teisę, „kad būtų išvengta mūsų aukščiausios nemalonės ir sunkaus baudimo", teisėjams kategoriškai uždraudė „leisti bent menkiausiai nukrypti nuo aiškių ir suprantamų įstatymo nuostatų tariamais filosofiniais samprotavimais arba turint tikslą aiškinti įstatymą ne pagal jo tikrąją prasmę"; ginčytinais atvejais teisėjai turėtų duoti paklausimą įstatymų komisijai. Taip paaiškėja, kad Žemės teisė savo geranoriška, tačiau šiandien dažnai tiesiog linksminamai veikiančia maždaug 17 000 paragrafų kazuistika į kiekvieną klausimą teisėjui bandė atsakyti išsamiai, pagal galimybę atsisakydama aiškinimo klausimų.

Prancūzijos CK kūrėjai taip pat šioje vietoje elgėsi išmintingiau. Būtent *droit intermédiaire* periode valdžių padalijimo principas buvo vertinamas dar labai rimtai: 1790 metų įstatymu buvo nustatyta, jog teismai *s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle*. Dėl to apytikriai tuo pačiu laiku įsteigto *Tribunal de Cassation* (vėliau – Kasacinio teismo) uždavinys buvo panaikinti teismų sprendimus, kurie šia prasme nepaisė rašytinės teisės. Teisėjų atliekamam teisės plėtojimui, kaip jį atliko *Parlement* teismas *ancient régime* laikais, naujojoje, pagal Montesquieus mokymo teiginius sukonstruotoje sistemoje, nebuvo vietos. Be abejo, principas, kad teismai interpretuotinus klausimus turėtų pateikti *Corps législatif*, niekad nebuvo rimtai praktikuojamas. Jau redakcinė komisija primygtinai užėmė poziciją prieš tokią procedūrą: įstatymo leidėjo uždavinys esąs nustatyti bendras normas; jei spręsdamas aiškinimo klausimus jis kištųsi į atskirų privačių asmenų ginčus – pakenktų savo garbei, užsikrautų per didelį krūvį, pablogėtų įstatymų leidybos produkcijos kokybė ir pailgėtų procesai. Todėl Prancūzijos CK 4 straipsnis be apribojimo nustato, kada dėl vengimo taikyti teisę teisėjas gali būti traukiamas

atsakomybėn, jei jis *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insufficience de la loi* nepriima sprendimo.

Pancūzijos CK išvengė perdėtos kazuistikos. Jo kūrėjai aiškiai suprato, kad įstatymų leidėjas net ir turėdamas didžiausią fantaziją negali pažinti ir priimti sprendimo visais galimais atvejais ir todėl turi būti palikta erdvė teismų praktikai, įstatymą konkretizuojančiai pagal konkrečias bylos aplinkybes ir pritaikančiai jį prie kintančių visuomenės poreikių. Šiuo klausimu Portalio išvedžiojimai jo *Discours preliminaire* yra vieni iš įspūdingiausių; jie išryškina, jog seniai tarp kontinentinio pobūdžio įstatyminės ir bendrosios teisės bylų nebėra didelio kontrasto, kaip nori įtikinti pernelyg dogmatiškai besielgiantis teisės šaltinių mokslas:

> L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du drouit: d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétré de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ... Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principles les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les rafimier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ... C'est à la jurisprudence que nous abandononns les cas rares ex extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s' efforcerait inutilement de prévoir, et qu'une prévoyance précipetée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'experience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples *se font avec le temps*; mais, à proprement parler, *on ne les fait pas* (*Fenet*, ten pat, I, p. 470, 475).

Žinomiausią „glaustos" įstatymų redakcijos pavyzdį Prancūzijos CK sudaro 1382–1386 straipsniai. Čia penkiose glaustose nuostatose yra išdėstyta visa Prancūzijos deliktinė teisė, taigi teisės institutas, kuriam šiaip jau mažas (turintis perpus mažiau straipsnių) Austrijos civilinis kodeksas numato 40, Vokietijos civilinis kodeksas – 31 nuostatą. Šios Prancūzijos CK normos, nepaisant visų ekonominių ir technologinių perversmų, beveik be pakeitimų galioja jau beveik 180 metų, todėl negalime stebėtis, kad šiandien jos yra beveik neatpažįstamos po stora precedentų teisės pluta, kuriai teismų praktika metai po metų uždeda vis naują sluoksnį. Iš tiesų galima klausti, ar šioje vietoje Prancūzijos CK kūrėjai neperlenkė lazdos (plg. 40 str. IV); be to, reikėtų prisiminti, jog 1804 metais industrinė revoliucija dar nebuvo atėjusi ir dėl nelaimingo atsitikimo padarytos žalos atlyginimo socialinė problema seniau neturėjo šiandieninės reikšmės.

Teismų praktikos interpretacinei veiklai Prancūzijos CK suteikia erdvės dar ir todėl, kad įstatymo teksto formulavimas dažnai yra netikslus, su spragomis arba dviprasmiškas ir seniai nepasiekia tokio terminologinio tikslumo, kuris kaip pandektistikos paveldas perėjo į Vokietijos civilinį kodeksą. Pavyzdžiui, Prancūzijos CK 778 straipsnis numato, jog palikimas gali būti priimamas arba *dans un acte autentique ou privé*, arba *acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter:* čia (netgi tame pačiame sakinyje) žodis *acte* yra vartojamas tiek „dokumento", tiek „veiksmo" prasme. Tai apsirikimas, kuris nebūtų prasprūdęs pro vokiečių kodifikacijos pirmtakų akis. Prancūzijos CK 55 straipsnyje *propriété* terminas naudo-

jamas (kilnojamų ar nekilnojamų) *daiktų nuosavybės* prasme, o trečiosios knygos pavadinime *(Des différentes manières dont on acquiert la propriété)* – *turto* prasme. Prancūzijos CK 1147 straipsnis numato, kad skolininkas atlygintų žalą dėl sutarties pažeidimo, jei neįrodo, kad jam sutartį įvykdyti sukliudė *cause étrangère qui ne peut lui être imputée;* pagal 1148 straipsnį pareiga atlyginti žalą išnyksta dėl *force majeure* ir *cas fortuit:* koks santykis čia yra *cause étrangère, force majeure* ir *cas fortuit*, lieka neaišku. Tokių techninių netikslumų sąrašą būtų galima lengvai pratęsti.

Stilistiniu ir kalbiniu požiūriu Prancūzijos CK yra meistriškas kūrinys. Formuluočių vaizdingumas ir suprantamumas, pastabų ir juridinės technikos specialių terminų nebuvimas dažnai buvo liaupsinami ir iš esmės prisidėjo prie kodekso populiarumo Prancūzijoje. Kalbama, kad Stendhalis kasdien skaitė po kodekso skyrių savo kalbos jausmui tobulinti: *pour prendre le ton*, Paul Valéry kodeksą pavadino „puikiausia prancūzų literatūros knyga“ (cituota pagal *Thieme*, p. 38). Ir priešingai, nemaloniai skiriasi *vokiečių* kodifikacijos sausa mokslinė kalba. Pavyzdžiui, lyginkime Prancūzijos CK 212 straipsnį ir Vokietijos CK 1353 straipsnį: prancūzų nuostata vaizdingai sako: *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance;* vokiečių tekste pasitenkinama neišraiškiu „santuokinio gyvenimo“ terminu. Prancūzijos CK 312 straipsnis su epigraminiu trumpumu nustato: *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari;* lyginant su Vokietijos civilinio kodekso 1591 straipsniu, įstatymų leidėjas iškart leidžiasi į technines bendro gyvenimo pripažinimo santuokiniu detales. Ne be patoso Prancūzijos CK 1134 str. *pacta sunt servanda* tezę įvelka į įsimenamą formulę: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*. Priešingai, Vokietijos civilinio kodekso 241 straipsnis pakeltu tonu graso, jog „dėl prievolinio santykio egzistavimo... kreditorius turi teisę reikalauti iš skolininko įvykdyti prievolę“. Tai vadovėlinis formulavimas, kuris, be abejo, net jei ir suprantamas vien tik specialistui, aiškina, kaip turi būti suprastos „prievolinio santykio“ ir „įvykdymo“ sąvokos. Apskritai Prancūzijos CK formuluočių elegancija ir spindesys dažnai pasireiškia tuo, kad detaliau nagrinėjant jo nuostatos duoda mažai konkretaus, o Windscheidas smerkė kodeksą, kad jo „labai išgirtas tikslumas... pakankamai dažnai yra tik išorinis, o ne tikrasis vidinis, kylantis iš visiško minties aiškumo“ (apibūdinant *Code Napoleon* mokymą apie sandorių negaliojimą) [1847] V). Ir čia turime akivaizdų pavyzdį: žymioji *En fait de meubles la possesion vaut titre* (2279 str.) formulė pagal jos įsimintinumą ir griežtą trumpumą vargu ar dar gali būti viršyta. Tačiau reikia aiškiai suprasti, jog teisine prasme tik labai bendra forma galima suprasti, kokia mintis joje yra įkūnyta. Kokioms prielaidoms esant *rei vindicatio* užtenka valdymo gynybai, ką reiškia *possession*, ar yra būtinas sąžiningumas, kaip jį reikia suprasti ir kokiu momentu jis turi būti – visa tai yra klausimai, kuriuos išaiškino Prancūzijos teismų praktika. Vokietijos CK 932 straipsnis yra nesklandus, tačiau išraiškingumu jis pranašesnis už Prancūzijos CK 2279 straipsnį.

Prancūzijos CK reguliuojami klausimai yra suskirstyti taip: po trumpo titulinio įvado, kuris apima tik 6 straipsnius ir pateikia trumpą iš pradžių numatyto *Livre préliminaire* likutį, yra *pirmoji knyga*, pavadinta *Des personnes* (7 – 515 str.). Joje yra nuostatos apie „Civilinių teisių turėjimą“; šių teisių turėtojas pagal 8 straipsnį yra *Fout Français*. Prie to prisideda (o tai gerai išreiškia kodifikacijos nacionalinį ir valstybinį charakterį) normos apie Prancūzijos pilietybės įgijimą ir praradimą, kurios tik 1927 metais pirmą kartą buvo suformuluotos specialiu įstatymu ir šia proga gerokai papildytos. Toliau kai kuriose negausiose nuostatose yra

sureguliuota užsieniečių teisinė padėtis; virš šių nuostatų Prancūzijos teismų praktika pamažu išplėtojo impozantišką tarptautinės privatinės ir procesinės bei užsieniečių teisinės padėties teisės statinį. Tolesniame skyriuje atitinkamu pavadinimu išsamiai reguliuojamas objektas, kurį sunkiai galima įsivaizduoti kaip *Vokietijos* civilinio kodekso sudedamąją dalį: būtent civilinės būklės registrai, kurie buvo ryški sekuliarizacijos išraiška ir kaip revoliucijos laimėjimas kodekso kūrėjams atrodė ypač svarbūs. Po to rasime normų tokiais pavadinimais, kaip: gyvenamoji vieta, dingimas be žinios, santuokos sudarymas, santuokos nutraukimas, santuokinė ir nesantuokinė vaikystė, įvaikinimas, tėvų valdžia ir globa. *Antrojoje knygoje* (*Des biens, et des différentes modifications de la propriété;* Artt. 516–710 str.) nuo pradžių yra bendrosios daiktinės teisės nuostatos, taigi yra skiriama tarp kilnojamų ir nekilnojamų daiktų ir yra reguliuojamas daikto sudedamųjų dalių ir daikto priklausinių klausimas. Po to nustatomas *nuosavybės* teisės į daiktus ir jų panaudojimus reguliavimas. Toliau – normos apie uzufruktą, panaudojimus, butų teises bei servitutus. Nuostatų apie sutartinį nuosavybės įgijimą čia nėra, nes pagal Prancūzijos teisę nuosavybė pereina jau sudarius sandorį (dovanojimas, pirkimas ir pardavimas, mainai; plg. 938, 1138 ir 1583 str.) ir tam nereikia nei ypatingos, daiktinėje teisėje reguliuojamos, „daiktinės sutarties“, nei perdavimo arba perdavimo pakaitalo (kaip tai nustato Vokietijos CK 873, 925, 929 str.).

Visos likusios Prancūzijos CK nuostatos (ir tai yra dvigubai daugiau nei pirmosiose dviejose knygose kartu paėmus) yra apibendrintos *Trečiojoje knygoje – Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (Artt. 711–2281 str.). Čia pirmiausiai yra įtvirtintos normos apie paveldėjimo tvarką, kuri, kaip ir jai artimas dovanojimas, yra vertinama kaip ypatinga *nuosavybės įgijimo* forma. Tolesniame skyriuje kalbama apie sutartis, kur, pavyzdžiui, yra reguliuojamas veiksnumas, sutarties aiškinimas, solidari skola, sutarties netesybos, abipusis piniginių reikalavimų padengimas, formos reikalavimai, įrodinėjimo normos, paskui skyrius apie *Engagements qui se forment sans convention*, kur vienuolikoje nuostatų yra reguliuojama praturtėjimo teisė (*quasi-contracts;* plg. šiuo klausimu 38 str. III), o kituose penkiuose straipsniuose – deliktinė teisė. Prie to prisijungia sutuoktinių turtinė teisė, toliau – atskiros pirkimo ir pardavimo sutartys, mainai, dar toliau – nuomos, rangos ir paslaugų sutartys (apibendrintos pagal romėnų *contrat de louage* principą), toliau – įmonės steigimo sutartis, paskola, pasauga, pavedimas, laidavimas, taikos sutartis. Trečioji knyga baigiama prievolių įvykdymo užtikrinimo priemonėmis (įkeitimas, hipoteka, sulaikymo teisė) ir ieškinine senatimi.

Kad šis Prancūzijos civilinio kodekso suskirstymas yra nelabai patenkinamas, tuo neabejojama. Sutuoktinių turtines teises kur kas laisviau galima buvo prijungti prie šeimos teisės pirmojoje knygoje; abejojama, ar paveldėjimo teisė iš tiesų neturėtų būti priskirta prie trečiosios knygos turtinių santykių reguliavimo ar šeimos teisės arba išdėstyta atskiroje knygoje. Pažiūra, jog iš delikto kylančio žalos atlyginimo atveju kalbama apie ypatingą *manière dont on acquiert la propriété*, nepadeda suprasti šio dalyko. Todėl Planiolis yra teisingai pasakęs, jog trečioji knyga yra heterogeniškų dalykų rinkinys:

> *L'entassement de toutes ces matières hétérogènes dans un livre unique est peu logique* (Traité élémentaire de droit civil I [1950] 33). Be abejo, Planiolis aplinkybę, kad civilinio kodekso sistemai trūksta *ordre scientifique*, vertina kaip nelabai svarbią: *L'ordre scientifique, qui convient à l'enseignement donné sous la forme du cours ou du livre, n'est point nécessaire ni même utile dans un*

code. L'enseignement est une initiation; c'est pour cela qu'il a besoin d'une méthode particulière. Un code est fait pour des gens qui ont fini leurs études, pour des praticiens qui connaisent le droit. Il suffit que la répartition des matières soit claire et commode (ten pat, p. 36).

III.

Prancūzijos CK savo pirmine redakcija yra *tiers état* kodeksas, taigi buržuazijos, laimėjusios Prancūzijos revoliucijos kovose prieš feodalines *ancient régime* valdžios struktūras, o po Napoleono žlugimo restauracijos laikais sąmonėjusios ir pasiekusios politinę įtaką. Todėl žmogaus portretas, iškilęs vaizduotėje civilinio kodekso kūrėjams ir suformavęs jo stilių, yra ne mažo žmogaus, ne amatininko ar atlyginimą gaunančio darbininko, o pasiturinčio piliečio, kuris buvo įsivaizduojamas kaip gebantis priimti sprendimus, protingas, jaučiantis atsakomybę už save ir nusimanantis versle bei teisėje. Tokio piliečio egzistavimo pagrindai buvo matomi asmeninės laisvės užtikrinime, ypač ūkinės veiklos laisvės ir nuosavybės, *žemės* nuosavybės. Todėl Prancūzijos CK prievolinėje teisėje į pirmą vietą iškeltas sutarčių laisvės principas; jis nėra kaip nors apribotas imperatyvinių nuostatų, Prancūzijoje vadinamų *lois d'ordre public* (plg. 6 str.). Atvirkščiai, iš piliečio atsakomybės už savo veiksmus principo buvo padaryta išvada, kad, kaip tai patetiškai skelbia Prancūzijos CK 1382 straipsnio norma, kiekvienas turi atlyginti žalą, atsiradusią dėl jo nerūpestingo elgesio *(faute);* tuo atskiram asmeniui buvo sukurta judėjimo laisvė ir savarankiška atsakomybė, kuri dėl *griežtesnių žalos* priskyrimo formų būtų tik užblokuota ir susiaurinta. Atlyginamų darbų teisinio reguliavimo problemos įstatymų leidėjui tuomet dar nebuvo iškilę, dėl to jam, be abejo, kitaip nei 1896 metų civilinio kodekso kūrėjams, negalima priekaištauti, nes prekių gamybos industrinės formos 1804 metais dar nevaidino jokio vaidmens. Prancūzijos CK šeimos teisė atspindi patriarchalinę šeimos konstituciją, tipišką prasidedančio XIX šimtmečio pakilusiai buržuazijai: vyras yra tėvas ir šeimos galva, jam vienam priklauso tėviška valdžia vaikams, jis, neduodamas sutikimo santuokai, gali užkirsti kelią vaikų santuokai, jei jo sūnus yra jaunesnis nei 25 metų, o dukra jaunesnė nei 21 metų. Kalbant apie sutuoktinių tarpusavio santykius, Prancūzijos CK 213 straipsnio redakcija yra labai aiški: *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.* Žmona buvo įsivaizduojama kaip atsakinga už namų ūkį ir auklėjanti vaikus, o ūkiniame gyvenime nepatyrusi: be vyro pritarimo ji negalėjo sudaryti sutarčių, priimti sprendimų, pastarųjų net tada, jei sutuoktiniai vedybine sutartimi buvo nustatę, jog jų turtas bus atskirtas. Bet koks valstybės kišimasis į sudarytą šeimos junginį buvo netoleruotinas; todėl šiandienos Globos teismo ir Jaunimo tarybos funkcijos buvo perduotos *conseil de famille*, kurią sudarė tolimi giminaičiai: seneliai, tetos, pusbroliai, svainiai; jie tais laikais buvo kur kas artimesni nei būtų galima įsivaizduoti šiandien. Labai išplėtota šeimos junginio apsauga apskritai yra vyraujantis Prancūzijos šeimos teisės bruožas. Paveldėjimo teisėje dovanojimo ir testamento sudarymo laisvė buvo smarkiai apribota, kad išsaugotų šeimos turtą: turto savininkas Prancūzijoje ir šiandien gali laisvai disponuoti tik viena savo turto *dalimi*, vadinamąja *quotité disponible;* atžvilgiu likusio turto, vadinamo *réserve*, šeimos nariams priklauso ne tik teisė į pinigų išmokėjimą, bet ir tikra įstatyminio paveldėjimo teisė.

Pagalvojus, kaip nuo Napoleono laikų Prancūzijoje pasikeitė ekonomika, visuomenė ir šeima, norisi paklausti, kodėl dar ir šiandien Prancūzijoje galioja civilinis kodeksas. Kaip gali būti, kad prieš maždaug 200 metų įsigaliojęs kodeksas pergyveno milžiniškus politinius, ekonominius ir socialinius sukrėtimus, kurie Prancūzijoje praėjo XIX ir XX a.?

Daugelyje sričių to priežastis buvo įstatymų leidėjas, kuris pakeisdavo Prancūzijos CK tekstą ir taip nuolat jį pritaikydavo prie besikeičiančių socialinių santykių, ypač šeimos ir paveldėjimo teisėje. Žingsnis po žingsnio buvo apribota tėvo valdžia, pritarta ištekėjusios moters veiksnumui, pagerinta jos padėtis paveldėjimo teisėje po vyro mirties, nesantuokiniams vaikams pripažinta teisė į išlaikymą arba pripažinimą vaikais prieš jų tėvo valią. Sutarčių teisėje įstatymų leidėjas Prancūzijos CK normas, daugiausia specialiaisiais įstatymais, papildė ir modifikavo ten, kur atrodė, jog laisvas žaismas šalių laisve sudaryti sutartį galėjo duoti tokių rezultatų, kurie pakitusio socialinio etinio savęs suvokimo šviesoje atrodė nepakeliami. Taip nuomos ir rentos sutarčių, pervežimo, darbo ir draudimo sutarčių atvejais imperatyvinės įstatymo nuostatos pasidarė tokios svarbios, jog apie neribotą šių sutarčių sudarymo ar įforminimo laisvę šiandien nebegali būti nė kalbos.

Ne tik įstatymų leidėjas, bet ir teismų praktika *(jurisprudence)* Prancūzijos CK normas pritaikė prie modernių reikalavimų, nuolat aiškindama jas plėtojo, pildė ir ribojo jų taikymą, toliau tobulino senas ir kūrė naujas teisines idėjas. Tai buvo palengvinta teismams tuo, kad Prancūzijos CK, kaip jau matėme, dažnai nustatė tik visiškai neapibrėžtas, sąmoningai į užpildymą orientuotas direktyvas, bet ir tuo, jog jame panaudoti terminai dažnai yra netikslūs ir daugiaprasmiai, teisinis reguliavimas kai kuriose vietose neišsamus, sisteminiai išbarstytų nuostatų ryšiai nepakankami. Tokių teisinių Prancūzijos teismų kūrybos pavyzdžių galima lengvai rasti. Taip teismų praktika iš Prancūzijos CK 1384 straipsnio normos sukūrė *nelaimingų atsitikimų teisę*, kuri kur kas labiau atsižvelgia į ypatingus pavojus, kylančius moderniame aukšto techninio lygio pasaulyje nei žalos atlyginimo reguliavimas, kurį įsivaizdavo įstatymo kūrėjai (plg. 42 str.). *Darbo teisėje* teismai (šiuo atveju, be abejo, energingai remiami įstatymų leidėjo) išplėtojo darbininkų ir tarnautojų socialinės apsaugos normas, kurios pralenkia nepakankamas 1780 straipsnio nuostatas ir šiandien yra tapusios tokiomis svariomis, kad ši gana svarbi teisės sritis tarsi pasistatė savo palapinę prieš Prancūzijos CK vartus ir, kaip ir Vokietijoje, yra suvokiama kaip savarankiška teisės šaka. Teismų praktikos išplėtotas *mokymas apie piktnaudžiavimą teise* yra: savininko teisė elgtis su daiktu savo nuožiūra (plg. 544 str.), darbo sutarties nutraukimo teisė, procesinių priemonių panaudojimo teisė ir kitos subjektyvinės teisės, apribotos taip, kad jų realizavimas, jei jis teismui pasirodo *abus d'un droit*, veda prie žalos atlyginimo arba reikalavimų nutraukti konkrečias veikas (plg. IV 40 str.). Remdamasi Prancūzijos CK 1121 straipsniu, kuris sutartį trečiųjų asmenų naudai miglota kalba iš dalies leidžia, iš dalies neleidžia, teismų praktika išplėtojo *draudimo sutarties* normas, kurias įstatymų leidėjas 1930 metais galiausiai įtraukė į kodekso straipsnius. Bendrą reikalavimą dėl nepagrįsto praturtėjimo, kurį Prancūzijos CK sureguliavo su labai didelėmis spragomis, taip pat sukūrė teismai (plg. šiuo klausimu III 38 str.). Taip pat *astreinte* (teisinė priemonė įgyvendinti teismo sprendimu patvirtintus prievolinius reikalavimus) turėjo būti išplėtota teismų praktikos, nes trūksta įstatyminio reguliavimo. Šeimos ir paveldėjimo teisėje teismų praktika suvaidino taip pat nepaprastai svarbų vaidmenį. Paminėsime keletą pavyzdžių. Teismai Prancūzijos CK 896 straipsnyje numatytą antrinio įpėdinio paskyrimo draudimą pamažu sušvelnino taip, jog antrinio įpėdinio paskyrimas šiandien atrodo esąs tik apsukri testamento redakcija. Ir faktinės santuokos teisėje teismai jau daugelį metų prieš atitinkamų pertvarkomų įstatymų įsigaliojimą patvirtino teises į išlaikymą, nors tai jokiu būdu nesiderino su pradine civilinio kodekso 340 straipsnio, pagal kurį buvo negalimas bet koks *recherche de la paternité*, prasme.

Ainsi, en de larges domaines, le droit civil français, presque sans qu'on l'aperçoive, a cessé d'être un droit écrit, pour devenir une common law. L'opposition classique et spectaculaire des sources du droit anglo-saxon et de sources du droit français s'est étonnamment réduite (*Ripert*, p. 15, Nr. 9). Klausimas, ar teismų praktika formaliai gali būti pripažinta teisės šaltiniu, Prancūzijoje vis būdavo gyvų diskusijų objektas. Pagal vis dar vyraujančią nuomonę teismų praktika nėra pripažįstama teisės šaltiniu; tokie įžymūs mokslininkai, kaip Planiolis, Josserandas, Lambertas, Hébraudas, pritarė teismų praktikos, kaip teisės šaltinio, pripažinimui. Laimei, dabar ši diskusija ima blėsti. Aišku, kad nuolat keliant šį klausimą iš jo išspaudžiama tik tai, kas iš anksto, atitinkamai formuluojant „teisės šaltinio" sąvoką, į jį buvo įdėta. Jei orientuojamasi į tai, ar norma socialinėje tikrovėje iš tiesų galioja ir yra praktiškai taikoma, negalima pagrįstai abejoti, jog teismų sukurtos ir nuolatinės teismų praktikos patvirtintos normos yra teisės šaltiniai.

Didėjant kodifikacijos amžiui padidėjo ir *teisės mokslo (doctrine)* svarba Prancūzijos civilinės teisės plėtojimui. Pirmaisiais dešimtmečiais po Prancūzijos CK įsigaliojimo teisės mokslas išgyveno nevaisingą pozityvistinį laikotarpį, kuriame jis pasitenkino gramatiniu ir loginiu įstatymo teksto aiškinimu ir visiškai nekreipė dėmesio į teismų praktiką *(École de l'exégèse)*. Bet baigiantis XIX šimtmečiui vaizdas pasikeitė. Gény ir Saleilles įtakoje laimėjo pažiūra, jog taikant Prancūzijos CK aiškinimo mokykla nėra pakankamai pajėgi padėti teisėjams; priešingą poziciją užėmė *École de la libre recherche scientifique* taip pavadinta Gény, kuri teisėjui pripažino didesnę laisvę interpretuoti įstatymo tekstą, o aiškinant teisę iš jo reikalavo atsižvelgti ne tik į loginius ir sisteminius ryšius, bet ir į gyvai besivystančios visuomenės poreikius, į bendravime dalyvaujančių sluoksnių papročius ir įpročius, taip pat į sociologinių ir lyginamųjų teisės tyrimų rezultatus.

Prancūzų civilinės teisės daugiatomiai vadovai, iš kurių trys svarbiausi ir didžiausi yra Baudry/Lacantinerie, Beudant ir Planiolis/Ripertas – išleisti padedant daugeliui kitų profesorių, šiame mokyklų ginče dažniausiai užima tarpininko poziciją. Visi šie vadovai yra pagrįsti sava, dažnai toli nuo Prancūzijos CK nutolusia sistematika, kuri dėl prancūzų teisininkų praktinio ir blaivaus mąstymo pranyksta dogmatiniuose subtilumuose. Teismų praktika visur yra rūpestingai apdorota; nevaržoma naudinga kritika, nors neatsirastų tono, kuriuo kartais teismų sprendimuose pamokslaujama vokiečių vadovėliuose. Šių vadovėlių kalba ir stilius paprastai pasižymi žėrinčia gražbylyste ir krištoliniu skaidrumu, net jei kartais ir atrodo, kad tekstas, neprarasdamas dalykinių savybių, galėtų būti truputį stipresnis. Tai mažiau tinka naujai vadovėlinei literatūrai, iš kurių ypač išskirtini Colino/Capitant'o, Carbonniero, Marty/Raynaudo ir Mazeaudo darbai. Lemiamų impulsų Prancūzijos teisės raidai davė, be abejo, ne vadovėliai ir veikalai, tačiau pastabos sprendimams *(notes)*, turėjusios ypatingą svarbą modernios prancūzų civilinės ir prekybos teisės pagrindimui, kurias sukūrė Thalleris ir Labbé; abu buvo garsiausi XIX šimtmečio *arretistes*.

Su kokia sėkme Prancūzijos CK plėtojo ir moderniai plėtrai pritaikė įstatymų leidybą, teismų praktiką bei mokslą, galima suprasti iš to, kad nors dažnai kodeksą buvo raginama iš esmės reformuoti, visi reformų siekiai iki šiol nedavė praktinių rezultatų. Jau švenčiant Prancūzijos CK šimtmetį buvo sudaryta 100 asmenų reformacinė komisija, tarp kurių buvo daug neteisininkų; jos darbai liko nepastebėti. 1945 metais, apėmus pokario laikotarpio entuziazmui, viena komisija buvo įpareigota reformuoti Prancūzijos CK; jai priklausė 12 narių, o pirmininka-

vo Paryžiaus profesorius Julliot de la Morandière. Ši komisija 1954 metais pateikė įvado ir Pirmosios knygos apie asmenų ir šeimos teisę projektą, 1961 metais – Antrosios knygos apie paveldėjimo ir dovanojimo teisę projektą, tačiau tai nesukėlė praktinių įstatymų leidybos žingsnių. Pastaruoju metu reformų komisija nustojo dirbusi, o Prancūzijos įstatymų leidėjas vietoj to pasitenkino dalinėmis Prancūzijos CK reformomis, iš kurių svarbiausios yra sutuoktinių turtinė teisė, įvaikinimo teisė, nesantuokinių vaikų ir neveiksnių asmenų teisinė padėtis.

Nepaisant visos reformos žlugimo reformacinės komisijos diskusijos, medžiaga teisininkui, kuris užsiima lyginamosios teisės ir teisės suvienodinimo klausimais, yra labai svarbi. Palyginkime *Julliot de la Morandière*, The Reform of the French Civil Code, U.Pa.L.Rev. 97 (1948) 1; *Houin*, Les travaux de la commission de réforme du Code civil, Rev.trim.civ. 49 (1951) 34; *Pascal*, A Report on the French Civil Code Revision Project, Tul.L.Rev. 25 (1951) 205; *Ancel*, The Revision of the French Civil Code, Tul.L.Rev. 25 (1951) 435.

8. *CODE CIVIL* RECEPCIJA

Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht (1993), *Amos*, The Code Napoleon and the Modern World, J.Comp.Leg. 10 (1928) 222; *Arminjon/Nolte/Wolff*, Traité de droit comparé I (1950) 136 ir kt.; *Barham*, A Renaissance of the Civilian Tradition in Louisiana, La.L.Rev. 33 (1973) 357; *to paties autoriaus*, Methodology of the Civil Law in Louisiana, Tul.L.Rev. 50 (1976) 474; *Batiza*, Origins of Modern Codification of the Civil Law: The French Experience and Its Implications for Louisiana Law, Tul.L.Rev. 56 (1982) 477; *Baudouin*, The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec, veikale: Dainow (Leidėjas), The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions (1974) 1; *Boehmer*, Der Einfluss des Code civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, AcP 151 (1950/51) 289; *Cappeletti/Merryman/Perillo*, The Italian Legal System, An Introduction (1967); *Castán Vázquez*, El sistema del derecho privado iberoamericano, Estudios de Derecho 28 (1969) 5; *Chabanne*; Napoléon, son code et les allemands, veikale: Etudes Lambert (1975) 397; *Chabas*, Réflexions sur l'évolution du droit sénégalais, veikale: Etudes juridiques offertes à Julliot de la Morandière (1964) 127; *Cian*, Fünfzig Jahre italienischer Codice civile, ZEuP 1993, 120; *Dainow*, Le droit civil de la Louisianie, Rev.int.dr.comp. 6 (1954) 19; *Chorus/Gerver/Hondius/Koekkoek* (leidėjas), Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers (1993); *Gerlach*, Die moderne Entwicklung der Privatrechtsordnung in Spanien, ZvglR 85 (1986) 247; *Ishimoto*, L'influence du Code civil français sur le droit civil japonais, Rev.int.dr.comp. 6 (1954) 744; *Jobin*, L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois, Rev.int.dr.comp. 44 (1992) 381; *Kindler*, Einführung in das italienische Recht (1993); *Koschaker*, Europa und das römische Recht (1953); *Le Code civil, Livre du Centenaire II* (1904), su keliolika straipsnių apie *Code civil* įtaką Vokietijoje, Belgijoje, Kanadoje, Egipte, Italijoje, Japonijoje, Nyderlanduose, Rumunijoje ir Šveicarijoje; *Lemieux*, The Quebec Civil Law System in a Common Law World: The Seven Crises, Jur.Rev. 1989, 16; *Limpens*, Territorial Expansion of the Code, veikale: The Code Napoleon and the Common Law World (Leidėjas: B.Schwartz, 1956) 92; *MacDonald*, Understanding Civil Law Scholarship in Quebec, Osgoode L.J. 23 (1985) 573; *Mousseron*, La réception au Proche-Orient du droit français des obligations, Rev.int.dr.comp. 20 (1968) 37; *Neymayer*, Deutsche und französische Zivilrechtswissenschaft – Besinnliches zu ei-

nem Nachbarschafts- und Partneschaftsverhältnis unter Verwandten, veikale: Ius privatum gentium, Festschrift für Max Rheinstein I (1969) 165; *Noda*, La réception du droit français au Japon, Rev.int.dr.comp. 15 (1963) 543; *Ortun*, L'unification du droit civil èspagnol, Rev.int.dr.comp. 18 (1966) 413; *Piret*, Le Code Napoléon en Belgique, Rev.int.dr.comp. 6 (1954) 753; *Salacuse*, An Introduction to Law in French-Speaking Africa I: Africa South of the Sahara (1969); *Schnitzer*, Vergleichende Rechtslehre I (1961) 200 ir kt.; *Solus*, Die französischen Besitzungen und Kolonionen, veikale: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch I (Leidėjas: Schlegelberger, 1929) 535; *Travaux de la Semaine Internationale de Droit* 1950 (1954); su keliolia straipsnių apie *Code civil* įtaką Europoje, Amerikoje ir Artimuosiuose Rytuose; *Tyan*, Les rapports entre droit musulman et droit européen occidental en matière de droit civil, ZvglRWiss 65 (1963) 18; *Valladão*, Le droit latino-américain (1954); *Yiannopoulos*, Louisiana Civil Law: A Lost Cause?, Tul.L.Rev. 54 (1980) 830; *Zajtay*, Les destinées du Code civil, Rev.int.dr.comp. 9 (1954) 792; *to paties autoriaus*, La réception des droits étrangers et le droit comparé, Rev.int.dr.comp. 9 (1957) 686; *Zekoll*, Zwischen den Welten – Das Privatrecht von Louisiana als europäisch-amerikanische Mischrechtsordnung, veikale: Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht (Leidėjas: Zimmermann, 1995) 11.

I.

Norint suprasti didžiulę paplitimo jėgą, kurią civilinis kodeksas išplėtojo XIX ir XX šimtmečiais, dar kartą apžvelkime, po kokia laiminga žvaigžde vyko jo genezė. Viena vertus, kodeksas gyvena visas pažangias jėgas žavinčiu švietėjišku Prancūzijos revoliucijos polėkiu: kaip pirmoji pasaulyje kodifikacija, jis ryžtingai pašalino visus praeities luominius saitus bei apribojimus ir įgyvendino svarbiausius ir toliausiai ateitį siekiančius revoliucijos reikalavimus: teisinę piliečių lygybę, šeimos teisės sekuliarizaciją, teisę laisvai disponuoti žemės nuosavybe, ūkinės veiklos laisvę ir šeimos junginio apsaugą. Kita vertus, įstatymo redakcija atsidūrė laikmetyje, kai revoliucinis fanatizmas jau buvo smarkiai atvėsęs. Valdant Napoleonui vyravo palyginti stabilūs politiniai santykiai, vėl buvo galima būti apdairiu ir nebūnant reakcionieriumi. Todėl įstatymo kūrėjai galėjo plačiai apžvelgti teisės principus, subrendusius *ancien régime* teismų praktikoje, ten pasitvirtinusius ir rūpestingai išstudijuotus bei nušlifuotus XVII ir XVIII šimtmečių literatūroje. Taigi tarp revoliucinių idėjų propagandinės galios ir paveldėtų teisės institutų patvarumo buvo galima rasti laimingą vidurį. Prie to prisidėjo tai, jog pasaulio akyse dėka Napoleono dalyvavimo įstatymo ruošimo darbuose į civilinį kodeksą pateko kažkas iš jo charizmos; įstatymo kalba buvo raiški ir žavinti: buvo išvengta ir klaidinančios kazuistikos, ir moksliškų perdėjimų. Civilinis kodeksas atitiko XIX a. buržuazinio pasaulio poreikius ir interesus, tačiau dėl savo gausaus rėminio reguliavimo, kurį reikėjo užpildyti, ir dėl kai kurių techninių trūkumų, spragų bei netikslumų, jau nuo pat pradžių atsiskleidė galimybės tikrąjį kodekso turinį pakeičiančiai arba šį turinį plėtojančiai interpretacijai. Didėjant kodifikacijos amžiui, Prancūzijos teismų praktika ir mokslas tai panaudojo teisei kurti. Taip norisi paaiškinti tai, jog Prancūzijos CK darė įtaką ne tik lotyniškos kilmės Europos tautų teisės raidai, bet ir Rytų Europos, Artimųjų Rytų, Vidurinės ir Pietų Amerikos, netgi kai kurių Šiaurės Amerikos teritorijų teisės raidai bei kitų Europos šalių – ypač Vokietijos.

Be abejo, negalima įsivaizduoti, kad civilinio kodekso recepcija šiose šalyse būtų buvusi rūpestingo, kokybiškų požiūrių nustatyto svarstymo rezultatas, kaip ir pirkėjas iš įvairių prekių

išsirenka tą, kuri jam labiausiai patinka. Paulis Koschakeris parodė, jog svetimos teisės recepcija nėra „kokybės klausimas", o „jėgos klausimas": „receptuotos teisės intelektinės ir kultūrinės galios rezultatas, vyraujančios galios, kuri priklauso nuo to, jog tai yra stiprios politinės jėgos teisė, nebent tai būtų realiai tebeegzistuojanti galia, ar nebent tai, kad mažų mažiausiai gyvas jos ir jos kultūros atminimas" (ten pat, p. 138). Šios minties padedamas Koschakeris pirmiausia bando paaiškinti romėnų teisės recepciją Centrinėje Europoje, kurią, jo nuomone, reikia aiškinti ne kokybiniu pranašumu, o tuo, kad ji iškilo kaip *Imperium Romanum* teisė, taigi kaip vokiečių tautos Šventosios Romos imperijos teisė ir taip galėjo pagrįsti savo autoritetą bei pretenziją į kultūrinę Romos idėją. Koschakeris šią idėją perkėlė ir Prancūzijos CK recepcijai: šis kodeksas taip paplito todėl, „kad jis buvo Prancūzijos imperijos kodeksas, savo galia, vientisumu ir prancūzų kultūros, kuria jis rėmėsi, skaidrumu padaręs gilų įspūdį ne tik amžininkams, bet ir, nepaisant jo trumpaamžiškumo, dar ilgai likęs vėlesnio pasaulio prisiminimuose" (ten pat, p. 136). Tai neabejotinai teisinga. Be abejo, reikia matyti ir tai, jog ne tik Prancūzijos *imperijos* politinė galia, ne tik intelektinis *Prancūzijos kultūros* poveikis buvo lemiantys recepcijos veiksniai, tačiau ir pačiam civiliniam kodeksui tvirtai „prilipo" paplitimas, intelektinis autoritetas, propagandinė veikmė, aureolė, kadangi XIX šimtmečiui jis pasirodė kaip Didžiosios revoliucijos kodeksas, kuris pašalino *ancien régime* teisinį susiskaldymą ir pirmą kartą centralizuotai organizuotoje valstybėje sukūrė vieningą ir lygybe pagrįstą gyvenimo tvarką. Taip pat reikėtų pastebėti, jog Prancūzijos CK pasaulyje plito dėl puikios kalbos, dėl formuluočių elastingumo bei lankstumo, taigi galiausiai ir dėl kokybinių savybių.

II.

Į Rytus nukreipta Prancūzijos karinė ekspansija, valdant revoliucinėms vyriausybėms ir vėliau Napoleonui, privedė prie to, jog civilinis kodeksas 1804–1812 metais įsigaliojo daugelyje teritorijų, kurios vėliau atgavo arba naujai įgijo savo suverenitetą, tačiau kurių civilinei teisei vis dėlto liko būdinga Prancūzijos kodifikacijos idėja. Šioms šalims pirmiausia priklauso Belgija, Liuksemburgas ir Nyderlandai.

a) Šiandieninės Belgijos teritorija nuo 1713 metų priklausė Austrijai, o *Campo Formio* taika 1797 metais atiteko Prancūzijai ir buvo inkorporuota į jos teritoriją. Todėl civilinis kodeksas 1804 metais automatiškai įsigaliojo ir belgiškuosiuose Prancūzijos departamentuose. Niekas nepasikeitė, kai po Napoleono žlugimo Vienos kongresas Nyderlandus ir Belgiją suvienijo į karalystę, valdomą karaliaus Wilhelmo Oraniečio I. Belgijai 1830 metais po revoliucijos tapus nepriklausoma, naujojoje konstitucijoje buvo įrašyta, kad Prancūzijos kodeksai, ne tik civilinis kodeksas ir 1807 metų *Code commerce, dans le plus court délai possible* turi būti iš esmės reformuoti; tačiau civilinis kodeksas iki šiol nėra reformuotas. Belgijos įstatymų leidėjas pasitenkino tuo, kad ilgainiui modernizavo civilinį kodeksą ilgu atskirų įstatymų sąrašu; tai darydamas paprastai rėmėsi Prancūzijos reformų įstatymų pavyzdžiais, tačiau dažnai ėjo savais keliais ir kartkartėmis reformas įgyvendindavo greičiau nei tai buvo padaryta Prancūzijoje – taip įvyko hipotekos teisėje, kur nepakankamas civilinio kodekso reguliavimas Belgijoje buvo pakeistas 1851 metais, o Prancūzijoje ketveriais metais vėliau. Belgijos teismų praktika, nors turėjo taikyti tą patį tekstą kaip ir Prancūzijos teismų praktika, šen bei ten priėjo prie visiškai skirtingų išvadų; tai raida, kurią galima stebėti Europoje, jeigu čia, kaip, pavyzdžiui, vekselių teisėje, unifikuoti ir todėl vienodai skambantys tekstai taikomi įvairiose

nacionalinėse teismų sistemose, kurių aiškinimo skirtumai turi likti tol, kol bus įvesta teisės vienovę saugančio Europos Teismo kompetencija. Žinoma, daugeliu atvejų Belgijos mokslas ir teismų praktika yra labai artimi Prancūzijai:

Si importante et si indépendante qu'ait été de la jurisprudence et de la doctrine belges, il va de soi que celle-ci et celle-là n'ont jamais systématiquement rompu avec la science juridique français. Chez nous ... le Dalloz, la Revue trimestrielle, Colin et Capitant, Planiol et Ripet sont en vérité d'un usage, presqu'aussi fréquent que celui des revues et des ouvrages nationaux (*de Herven*, Travaux, p. 610). Tas pat *mutatis mutandis* tinka ir Liuksemburgui, kuris 1795 metais iš Habsburgų rankų perėjo Prancūzijai ir civilinį kodeksą išsaugojo personalinės unijos su Olandijos karališkaisiais rūmais laikotarpiu iki nepriklausomybės gavimo 1890 metais. Šiandien Liuksemburge galiojanti civilinio kodekso redakcija panaši į pradinį tekstą netgi labiau, nei tai yra Prancūzijoje ir Belgijoje. Palyginkime šiuo klausimu *Bernecker*, RabelsZ 27 81962/63) 263.

b) Tarp Prancūzijos revoliucinės vyriausybės ir Europos karalių koalicijos prasidėjus karui, Nyderlandai nuo pradžių didžiulėmis pastangomis dar išlaikė neutralitetą, tačiau Prancūzijos karinių sėkmių akivaizdoje vis labiau darėsi nuo jos priklausomi. 1806 metais Napoleonas kaip karalių olandams primetė savo brolį Louisą ir pasirūpino tuo, kad 1809 metais įsigaliojo tik labai menkai olandų teisiniams papročiams pritaikyta civilinio kodekso versija. Po to, kai 1810 metais Louisas atsisakė sosto, Napoleonas Olandijos teritoriją, kaip „prancūziškų srovių sąnašą", nedelsdamas inkorporavo į savo imperiją ir nustatė Prancūzijos civilinio kodekso originalo redakcijos galiojimą. Šalį išlaisvinus ir įkūrus Nyderlandų karalystę, apimančią ir Belgiją, Prancūzijos civilinis kodeksas iš pradžių dar galiojo. Naujo kodekso rengimo darbai po 1830 metų Belgijos atsiskyrimo užstrigo; tik 1838 metais buvo išleistas *Burgerlijk Wetboek*, kuris savo sistema nukrypo nuo Prancūzijos civilinio kodekso, tačiau, nepaisant šeimos teisės, apskritai buvo Prancūzijos kodekso vertimas. Kitaip nei Belgijoje, Olandijoje jau XIX ir dar labiau XX amžiuje šis kodeksas buvo kritikuojamas. Tačiau buvo staigmena, kai Olandijos karalienės dekretu 1947 metais Leideno profesorius Meijeris buvo įpareigotas parengti naują Civilinio kodekso projektą. Meieris ryžosi šiam darbui todėl, kad į daugelį ypač sunkių klausimų atsakytų Olandijos parlamentas; jis sudarė ir nuolatinę suinteresuotų verslo sluoksnių bei teisininkų praktikų tarybą. Pirmosios keturios kodekso projekto knygos iš esmės yra šio profesoriaus kūrinys. Po jo mirties 1954 metais trijų narių nuolatinė komisija, remiama daugybės nuolatinių bendradarbių, pratęsė *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) kūrimo darbus. Nors šie darbai vis sustodavo ir kildavo abejonių dėl šios priemonės tikslingumo, 1970 metais galėjo būti išleista Pirmoji knyga apie asmenų ir šeimos teisę, 1976 metais – Antroji knyga apie juridinių asmenų teisę, įtraukiant akcijų, draugijų ir fondų teisę. 1992 m. sausio 1 d. įsigaliojo sutarčių, deliktinės ir daiktinės teisės nuostatos, išskirstytos į 3, 5, 6 ir 7 knygas.

Nuo 1992 metų galiojančios teisės apžvalgą galima rasti Hondiuso, Hartkampo ir Frankeno straipsniuose AcP 91 (1991) 378–432. Palyginkime ir Drobnig, *Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht*, Eur. Rev. P.L. 1 (1993) 171. Taip pat pasirodė vertimai į anglų ir prancūzų kalbas; palyginkime *New Netherlands Civil Code, Patrimonial Law (Property, Obligations and Special Contracts)*, išverstą Haanappel/Mackaay (Deventer, 1990). Verta atkreipti dėmesį į tai, jog Šveicarijos ir Italijos pavyzdžiu atsisakyta pasenusio skirstymo į civilinę

ir prekybos teisę. Pavyko į kodeksą įtraukti vartotojų apsaugos teisę, ir tai ne tik teisminės bendrųjų sutarties sudarymo sąlygų kontrolės būdu (6: 231 str. ir kt.), tačiau ir tuo, jog į pirkimo ir pardavimo sutarties bei laidavimo teisės skyrius buvo įtrauktos specialios normos apsaugai tų, kurie pirko prekę kaip vartotojai arba perėmė laidavimą kaip vartotojai. Toliau pastebėtina, jog Trečiojoje knygoje yra atsisakyta bendros normos apie sandorius, kurių objektas yra turtas. Čia įtrauktos specialios nuostatos apie tai, jog sandoris, sudarytas pažeidžiant įstatymą arba prieštaraujantis geriems papročiams, yra niekinis. Taip pat yra nuostatų apie apskundimą dėl sandorio, sudaryto dėl suklydimo, dėl apgaulės ir dėl savavališko susiklosčiusių aplinkybių išnaudojimo, toliau apie atstovavimą ir svetimo turto valdymą savo vardu *(bewind)*. Be to, šioje knygoje yra šešios normos apie „prievolinius santykius bendrąja prasme" (pvz., apie atsakomybę dėl neįvykdymo, reikalavimų perleidimas, neteisėti veiksmai ir nepagrįstas praturtėjimas) ir apie „sutartis bendrais bruožais" (pvz., apie ofertą ir akceptą, sutartis trečiųjų asmenų naudai, sutarčių pakeitimą dėl esminio aplinkybių pasikeitimo). Prie to Septintojoje knygoje dar prisideda nuostatos apie atskiras sutarčių rūšis (pvz., pirkimo ir pardavimo sutartys). Ši gana komplikuota struktūra, kuria žavisi anaiptol ne visi olandų teisininkai, yra šiek tiek panaši į Vokietijos civilinio kodekso sistemą. Taip pat normų, arba principų, pagal kuriuos sprendimas priklauso nuo *redelijkheid en billiljkheid* masto, naudojimas (plg. 6:2, 248 ir 258 str.) primena Vokietijos civilinio kodekso 242 straipsnį, o kad Olandijos CK labai vertina išraiškos tikslumą ir technines detales, jis, kaip ir Vokietijos civilinis kodeksas, bet kitaip nei Prancūzijos CK ir Šveicarijos kodifikacija, priklauso „mokslingų" kodeksų tipui. Tačiau jo negalima priskirti Vokietijos teisės šeimai, lygiai kaip ir romanų teisės šeimai. Jis visose vietose remiasi išsamiais lyginamaisiais teisės svarstymais ir daug klausimų sprendžia pagal bendrąją teisę (pavyzdžiui, taip yra sutarties, sudarytos dėl suklydimo, užginčijimo arba „savavališko aplinkybių išnaudojimo" atveju), kituose klausimuose vadovaujamasi Tarptautinės prekybos teisės konvencija (ypač atsakomybės už sutarties pažeidimą prasme). Jis pasižymi (reikia tai pasakyti) savitu, europiniu *ius commune* besiremiančiu stiliumi.

III.

Ir Vokietijoje bei Šveicarijoje didelės šių šalių teritorijos ilgą laiką buvo veikiamos Prancūzijos CK.

a) Kai dėl Vokietijos, Prancūzijos CK automatiškai įsigaliojo tose kairiojo Reino kranto teritorijose, kurios jau prieš tai Luneville taika buvo atitekusios Prancūzijai ir nuo to laiko sudarė Prancūzijos valstybės teritorijos dalį. Prancūzijos civilinis kodeksas po Reino sąjungos įsteigimo 1806–1807 metais ir pirmiausia po sėkmingų Napoleono žygių prieš Prūsiją už Reino kranto toli pasistūmėjo į Rytus: jis įsigaliojo Vestfalijos karalystėje, Badeno ir Frankfurto didžiosiose hercogystėse, Dancige, netgi Hamburge ir Bremene, kaip „Hanzos departamentų" sudedamosiose dalyse. Kitose Reino sąjungos valstybėse jis įsigaliojo prieš tai. Po išlaisvinamųjų karų tai pasibaigė, tačiau Prancūzijos civilinis kodeksas ir toliau galiojo visose teritorijose į kairę nuo Reino, kai kuriose kitose prūsiškose Reino provincijos teritorijose ir Badeno Didžiojoje hercogystėje, pastarojoje pavadinimu „Badeno žemės teisė", kurią Braueris su kai kuriais protingais priedais pritaikė Vokietijos teisiniams santykiams.

Aplinkybė, kad Reino srityje ir Badene iki Vokietijos civilinio kodekso įsigaliojimo (taigi beveik 100 metų) galiojo Prancūzijos CK ir jį taikė teismai (nuo 1879 metų kaip paskutinė Imperijos teismo

antrojo (Reino) civilinių bylų senato instancija), buvo priežastis to, kad Prancūzijos teisę išnagrinėjo iškiliausi vokiečių mokslininkai pagal XIX a. vokiečių civilinės teisės mokslo metodus ir šia forma turėjo didelį grįžtamąjį poveikį Prancūzijai. Pirmoje vietoje reikia paminėti Heidelbergo mokslininko Zachäria von Lingenthalio sukurtą *Handbuch des französischen Civilrechts* (Prancūzų civilinės teisės vadovą) (1808), kuriame pirmąsyk, anksčiau nei Prancūzijoje, buvo pateiktas metodinis ir sisteminis, atsiribojantis nuo ydingos civilinio kodekso nustatytos teisinės tvarkos, Prancūzijos privatinės teisės nagrinėjimas. Šį veikalą Strasbūro profesoriai Aubry ir Rau iš pradžių išvertė į prancūzų kalbą, o kituose leidimuose vis savarankiškiau toliau jį plėtė ir plėtojo; šiandien yra išleistas klasikiniu tapęs veikalo septintas leidimas, kuriuo pasirūpino Esmeinas ir Ponsardas. Pirmieji šio veikalo leidimai prisidėjo prie *École de l'exégèse* įveikimo Prancūzijoje, padarė didelę įtaką teismų praktikai ir dar šiandien šį veikalą prancūzų autoriai vertina kaip žymiausią XIX šimtmečio civilinės teisės vadovėlį. Apie įvairiapusį grįžtamąjį ryšį tarp vokiečių ir prancūzų teisės mokslo, kuris ypač glaudžiai susijęs su Crome'o, Kohlerio, Heinsheimerio, Saleilles vardais, palyginkime Boehmerį, Neumayerį, Andreas B. Schwarzą ten pat, *Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande*, atspausdinta: *Symbolae Friburgenses in Honorem Ottonis Lenel* (1935) 425, 435 ir kt., ir ypač Bürge, ten pat; Witz, Droit privé allemand - Actes juridiques, Droits subjectifs (1992) 1: *Le dialogue juridique franco-allemand.*

b) Šveicarijoje Prancūzijos CK nuo 1804 metų galiojo Ženevos kantone ir Berno teisėje, kurie abu tada priklausė Prancūzijos Respublikai. Kodeksas liko galioti ir tada, kai Napoleonas buvo nuverstas ir abi teritorijos 1815 metais prisijungė prie Šveicarijos konfederacijos. Kai Šveicarijos kantonai XIX šimtmetyje leido savus kodeksus, prancūziškai kalbančioje Šveicarijos dalyje Prancūzijos kodifikacija visur buvo pavyzdžiu: Waadto (1819), Freiburgo (1834–1850), Tessino (1837), Wallis (1855) ir Neuenburgo (1854–1855) kantonų kodeksams; tik šeimos ir paveldėjimo teisėje laimėjo vietiniai teisiniai papročiai. Nuo 1912 metų šių kodeksų vietoje įsigaliojo Šveicarijos civilinis kodeksas, kuriame, kaip dar bus parodyta (plg. 13 str.), – Prancūzijos teisinių institutų vaidmuo buvo gana svarbus, tačiau nusileido vietiniams ir vokiškiesiems elementams.

IV.

Prancūzijos teisės įtaką Vokietijoje ir Šveicarijoje išstūmė išleistas Vokietijos civilinis kodeksas ir Šveicarijos civilinis kodeksas, o *Italijos, Ispanijos ir Portugalijos* teisės sistemos dar ir šiandien turi būti priskirtos romanų teisinei erdvei.

a) Į *Italiją* Prancūzijos civilinis kodeksas ėjo įkandin Napoleono armijos. Išskyrus tik *Siciliją ir Sardiniją*, kurias anglų laivynas apsaugojo nuo prancūzų okupacijos, civilinis kodeksas įsigaliojo visose tuometinėse italų valstybėse. Žinoma, tik trumpam laikui: susižavėjus išsilaisvinimu nuo Napoleono 1814 metais vėl buvo atsiribota nuo kodekso. Tačiau greit buvo suprasta, jog paveldėtos kanoninės romėnų bendrosios teisės nepakanka laiko poreikiams tenkinti, todėl atskirose italų valstybėse ir vėl buvo įvedami nauji kodeksai, kurie plačiai rėmėsi Prancūzijos CK; tik Austrijos valdomose krašto dalyse (ypač Lombardijoje ir Venecijoje) galiojo 1811 metų Austrijos CK. Vis dėlto pagrindiniams atskiriems kodeksams vieningai remiantis Prancūzijos CK, buvo padėti unifikuotos Italijos privatinės teisės pagrindai, o 1861 metais po didžiojo *Risorgimento* vienybės judėjimo paskelbus Italijos karalystę, tai užtruko

tik keletą metų, kol 1865 metais įsigaliojo Italijos civilinis kodeksas, užtikrinęs Italijoje teisės vienovę. Šis kodeksas plačiai rėmėsi Prancūzijos kodifikacija, tačiau skyrėsi nuo jos tuo, jog, veikiant įžymiam italų valstybės veikėjui ir teisės mokslininkui Manciniui, *jame* buvo įrašytas skyrius *(dispozioni preliminari)*, kuriame pirmą kartą išsamiai sureguliuota tarptautinė privatinė teisė.

Nestebina tai, jog italų teisės mokslas XIX a. vienpusiškai orientavosi į Prancūziją. Teisinę literatūrą sudarė beveik vien tik *École de l'exégèse* mokyklos prancūzų autorių vertimai; Aubry ir Rau veikalas daugelį kartų buvo išverstas į italų kalbą. Tačiau XIX šimtmečio pabaigoje čia prasidėjo pokyčiai. Vis labiau italų teisės mokslas pateko *vokiečių* pandektinės jurisprudencijos istorinių ir dogmatinių metodų įtakon. Teisės istorinės, ypač romanistinės, studijos Italijoje išgyveno didžiulį pakilimą, tačiau civilinėje teisėje italų autoriai pagavo ir toliau plėtojo vokiečių dogmatikos impulsus, kaip Scialoja su savo žymiuoju veikalu apie *Negozi giuridici* (1893). Dar ir šiandien studijuojant modernią, be kita ko, labai turiningą, italų autorių literatūrą galima pastebėti vėlyvų vokiečių pandektistikos pėdsakų ir polinkį į tolimą nuo realybės, grynai teorinio mąstymo stiliaus kultivavimą bei stebėtiną teismų praktikos kritinio nagrinėjimo trūkumą ir jos garbinimą (plg. šiuo klausimu taiklius Cappeletti/Merryman/Perillo, ten pat, p. 170 svarstymus). Tik paskutiniaisiais metais dėl labdaringos lyginamosios teisės įtakos padėtis pamažu ėmė keistis.

Po Pirmojo pasaulinio karo įvykę visuomeniniai perversmai pateikė atnaujintą civilinės ir prekybos teisės reformų planą. 1923 metais įsteigta reformų komisija 1930–1936 metais pateikė keturių naujojo Italijos CK knygų projektus, iš kurių trys pirmosios apibrėžė asmenų ir šeimos teisės, paveldėjimo ir daiktinės teisės turinį. IV knyga aptarė prievolinę ir sutarčių teisę, pažodžiui pakartodama prancūzų–italų įstatymo projektą, kurį publikavo Scialoja ir Larnaude'o pirmininkaujama abiejų šalių atstovų komisija, turinti tikslą unifikuoti Prancūzijoje ir Italijoje galiojančią prievolinę teisę.

1939 pabaigoje staiga buvo priimtas sprendimas iš esmės išplėsti Civilinį kodeksą: jame turėjo būti sureguliuota ne tik civilinė teisė ligšioline prasme, bet ir absoliučiai *visi* asmeniniai bei profesiniai piliečio gyvenimo santykiai. Iš to kyla reikalavimas įtraukti ir prekybos teisę. IV knygos projekto buvo atsisakyta; jos vietoje atsirado nauja IV knyga, kurioje greta pirkimo ir pardavimo, nuomos ir rangos sutarčių reguliuojamos painios modernios ekonominės apyvartos sutartys, pvz., pervežimo, komisinės, ekspedicijos, draudimo ir bankinės paskolos sutartys, toliau – V knyga, kurioje *Del lavoro* pavadinimu buvo išdėstyta ne tik kolektyvinė ir individuali darbo teisė, tačiau ir personalinių įmonių bei akcinių bendrovių, firmų vardų ir prekių ženklų, patentų, konkurencijos ir kartelių teisė. Galiausiai VI knyga kalba apie „teisės apsaugą": pagal Prancūzijos CK tradiciją čia yra sureguliuotos įrodymų teisė, hipotekos ir įkeitimo teisė, procesinio vykdymo teisė ir senatis. Italijos CK įsigaliojo 1942 metų balandžio 21 dieną; jis apima 2969 straipsnius.

Nežiūrint beveik visos prekybos ir ūkinės teisės įtraukimo (palyginkime šiuo klausimu *Rotondi*, Entstehung und Untergang des autonomen Handelsrechts in Italien, AcP 167 [1967] 29, Italijos CK, beje, jokiu būdu radikaliai nenutraukė prancūziškos tradicijos: *Les lignes directrices du Code Napoléon peuvent être retrouvées aujourd'hui encore dans le Code civil italien, qui ne pourrait être bien compris si on ignorait la grande oeuvre française...*" (*Berri*, Travaux, p. 631). Vis dėlto *Codice* modernumas pasireiškia tuo, jog jame buvo įstatymiškai sureguliuota daugelis dalykinių

klausimų, kurie senesnėms Prancūzijos ir Vokietijos kodifikacijoms dar yra nežinomi. Taip, pvz., Italijos CK 1341 straipsnyje yra įtvirtintos nuostatos apie *„Bendrąsias sutarties sudarymo sąlygas"* ir apie sutartis, kurios yra sudaromos pasirašant *pavyzdines sutartis, sutarčių formuliarus* arba *blankus (moduli o formulari). Sutarčių perėmimo* institutas yra sureguliuotas 1406 ir kituose straipsniuose. *Sutartis trečiųjų asmenų naudai* yra išdėstyta remiantis Prancūzijos teismų praktikos civilinio kodekso 1121 straipsniu, tačiau atsižvelgiant ir į Vokietijos civilinio kodekso 328 bei kitus straipsnius (plg. 1411 str.). *Sutarčių pažeidimo* teisėje Italijos CK laikosi Prancūzijos teisės principo, pagal kurį sutartį, jei ji yra neįvykdoma, gali nutraukti pareigas įvykdžiusi šalis pareikšdama *ieškinį*; tuo pačiu metu pagal sutartį savo pareigas įvykdžiusiai šaliai jis suteikia galimybę raštu nustatyti kitą terminą, kuriam pasibaigus be rezultatų, sutartis pagal įstatymą yra laikoma nutraukta (1454 str.). Be abejo, Italijos CK neperėmė tam tikrų Vokietijos CK abstrakčių įmantrybių, ypač „Bendrosios dalies". Negalėta apsiprasti ir su „sandorio" terminu. Vietoj to 1321 straipsnyje buvo sureguliuota „Sutartis bendrąją prasme" nurodant, jog nustatytas normas, jeigu galima, reikia taikyti ir „vienašaliams turtiniams santykiams tarp juose dalyvaujančių asmenų" (1324 str.). Nepagrįsto praturtėjimo institute, lygiai kaip ir Prancūzijoje, daromas skirtumas tarp be teisėto pagrindo įgyto turto grąžinimo ir Prancūzijos teismų praktikos išplėtoto „bendrojo ieškinio dėl nepagrįsto praturtėjimo" (2041 str.). Taip pat deliktinė teisė seka Prancūzijos teismų praktika, tačiau su pastebėjimo vertu apribojimu, kad moralinė žala turi būti atlyginama tik tada, kai už veiką, kuria yra padaroma žala, kartu numatoma *baudžiamoji atsakomybė*.

Prievolinėje teisėje lengvai atpažįstami bendri Italijos ir Prancūzijos kodifikacijų pagrindiniai bruožai, o šeimos teisėje egzistuoja didžiulių skirtumų. Jie remiasi pirmiausia tuo, jog *Prancūzijoje* nuo revoliucijos pradžios buvo griežtai įgyvendintas valstybės ir Bažnyčios atskyrimo principas, o *Italijoje* nuo vadinamojo *Laterano* sutarčių pasirašymo 1929 m. vasario 11 d. valstybė ir Katalikų bažnyčia suėjo į glaudų kontaktą: pagal Trattato 1 straipsnį Katalikų religija yra *la sola religione dello Stato.* Jei senasis 1865 metų Italijos CK pagal Prancūzijos CK švietėjišką tradiciją santuokos sudarymą nagrinėjo pasaulietiškai ir todėl pripažino privalomą civilinę santuoką, 34 konkordato straipsnyje sakoma, kad Italijos valstybė „kanoninės teisės reguliuojamam santuokos sakramentui pripažįsta civilines-teisines pasekmes". Iš to išplaukia, kad santuoką gali sudaryti ne tik civilinės būklės aktus registruojantis tarnautojas, bet ir katalikų kunigas; šiuo atveju civilinės būklės aktus registruojantis tarnautojas privalo nedelsdamas įrašyti santuoką į valstybinį registrą, ir ji pagal atgalinį galiojimą nuo jungtuvių sudarymo momento turi tokias pat teisines pasekmes kaip ir civiliniu būdu sudaryta santuoka. Šia „kanonine" santuokos sudarymo forma, dar vadinama „konkordatine" forma, Italijoje šiandien yra sudaromos beveik visos santuokos. Greta civilinės ir kanoninės santuokos sudarymo formos Italijos CK nekatalikams numato dar trečią formą: jei egzistuoja bendros 84 straipsnyje numatytos santuokos sudarymos prielaidos, jie gali būti sutuokti kitos valstybės pripažįstamos konfesijos dvasininko; šis santuokos sudarymas taip pat turi būti perrašytas į valstybinį registrą.

Anksčiau Italijos CK nežinojo santuokos *nutraukimo.* Jei sutuoktinis grubiai pažeisdavo savo santuokinius įsipareigojimus, kitą sutuoktinį palikdamas, žiauriai su juo elgdamasis, grasindamas ar labai įžeisdamas, teismas pagal pareiškimą galėjo sutuoktinius išskirti; tačiau pats santuokos ryšys tuo likdavo nepaliestas, ir joks išsiskyręs sutuoktinis negalėjo tuoktis su trečiuoju asmeniu. Po ilgamečių įnirtingų diskusijų Italijos viešuosiuose sluoksniuose 1970 metų

gruodį įsigaliojo įstatymas, kuris numato civilinės santuokos nutraukimo galimybę. Prašymai referendumo būdu ir kreipiantis į Italijos Konstitucinį Teismą nutraukti šio įstatymo galiojimą buvo nesėkmingi.

Šiandieninė italų santuokos nutraukimo teisė iš esmės remiasi santuokos sugriovimo principu. Teisėjas nutraukia santuoką, jei sutuoktinių dvasinis bendrumas ir bendras jų gyvenimas daugiau nebegali tęstis arba nebegali būti atkurtas. Pagal įstatymą šios aplinkybės egzistuoja, jei sutuoktiniai mažiausiai trejus metus gyvena atskirai ir šis jų išsiskyrimas remiasi teismo patvirtintu sutuoktinių sutikimu nutraukti santuoką, o sutikimo šiuo klausimu nesant, teismas gali priimti sprendimą nutraukti santuoką, jei bendro gyvenimo tąsa yra neįmanoma.

b) Teisės raida *Ispanijoje* iki šiol pasižymi ypatingu vietinės partikuliarinės teisės *(fueros)* gyvybingumu, kuri per viduramžius susidarė atskirose provincijose, apygardose ir miestų regionuose. Ypatingą reikšmę turėjo XIII šimtmetį išleista ir romėnų teisės pagrindu suformuota teisinė knyga *Siete partidas*, kuri įgijo įstatymo galią Kastilijoje ir pamažu kaip po *fueros* antrasis pagal svarbą pagalbinis šaltinis įgijo galią kitose teritorijose. Iki XIX šimtmečio Ispanijos karalystės teisėje funkcionavo vadinamoji „foralinė sistema“, pagal kurią visur galiojo į *compilaciones* surinkti karališkieji įstatymai ir įsakymai, po to vietinė prigimtinė teisė *(fueros)* ir paskutinėje eilėje – *Siete partidas*.

Kai XIX šimtmetį veikiant Prancūzijos kodifikacijai buvo numatyta sukurti unifikuotą Ispanijos teisę, nebuvo galima įveikti atskirų teritorijų pasipriešinimo. Todėl pirmiausia reikėjo išleisti specializuotus įstatymus ir pasitenkinti tuo, kad būtų įgyvendintos skubiausios žemės ir hipotekos teisės reformos. Tik prekybos teisė jau 1829 metais galėjo būti unifikuota Prancūzijos teisės pagrindu į *Código de comercio*, kuris 1985 metais buvo iš esmės modernizuotas. *Código civil* (Ispanijos CK) buvo išleistas tik 1889 metais. Šis kodeksas, kuris galioja dar ir šiandien, ypač prievolinėje teisėje, remiasi Prancūzijos CK ir pasitenkina daugiausia prancūziško teksto vertimu. Šeimos ir paveldėjimo teisėje Ispanijos CK perėmė gausius ispanų teisinės tradicijos institutus – ypač iš ankstesniosios Kastilijos teisės.

Ir Ispanijos CK vis dėlto nesukūrė visiškos teisės vienybės. Vieningai visai Ispanijai galioja tik santuokinė teisė ir įvadinio skyriaus bendrosios nuostatos apie įstatymų galiojimą bei kolizinė teisė. Kitos Ispanijos CK dalys tose teritorijose, kuriose iki jo įsigaliojimo galiojo foralinė teisė, galioja tik subsidiarai (plg. 12 str.). Šioms teritorijoms, kurios sudaro apie ketvirtadalį Ispanijos teritorijos, ekonomiškai ir kultūros požiūriu priklauso ypač svarbūs Ispanijos šiaurės regionai, kurie kaip, pvz., Katalonija (su Barselona), baskų provincijos Alava, Vizcaya ir Navarra (su Bilbao ir Pamplona) bei Galicija (su La Coruna) – dar ir šiandien (arba šiandien vėl iš naujo) yra nusiteikusios labai autonomiškai. Šių teritorijų foralinę teisę, kuri susideda iš įvairios istorinės kilmės teisinės masės, yra bandoma kodifikuoti: 1925 metais buvo surinkta Aragono foralinė teisė ir ji įsigaliojo kaip *Codigo civil* priedas; kitų pagrindinių teritorijų foralinė teisė yra užrašyta ir patvirtinta įstatymu tik per keletą paskutiniųjų metų. Foralinės teisės kodifikacija turi tarnauti ne tik teisės aiškumui, bet ir sudaryti pagrindą būsimos bendraispaniškosios civilinės teisės susidarymui. Šia kryptimi veikia ir Ispanijos Aukščiausiojo Teismo praktika. Šis teismas, išaiškėjus foralinės teisės spragoms bei neaiškumams, plėtoja bendraispaniškąsias teisines idėjas; taip darydamas jis gali remtis Ispanijos CK 6 straipsniu, pagal kurį teisėjas, nesant įstatyminės nuostatos, turi taikyti vietinius

papročius ir kitus *los pricipios generales del derecho*. Palyginkime šiais klausimais *Hierneis*, Das besondere Erbrecht der sogenannten Foralrechtsgebiete Spaniens (1966).

d) Portugalija jau nuo XV a. turėjo palyginti unifikuotą teisę: tai buvo karaliaus Alfonso V ordonansai, kuriuos vėlesnieji monarchai, ypač Pilypas III, 1603 metais pakartotinai naujai suredagavo ir papildė. Šie ordonansai vietiniams papročiams ir kanoninei teisei paliko palyginti menką galimybę įsikišti. Modernios kodifikacijos siekiai Portugalijoje prasideda XIX a. pradžioje, tačiau iš pradžių dėl permainingų politinių kovų tarp liberalų ir restauracijos šalininkų neturėjo apčiuopiamų rezultatų. Tik labiau su pasauliu susijusi prekybos teisė buvo kodifikuota jau 1833 metais, remiantis privačiu Ferreira Borges darbu bei Prancūzijos teise, tačiau 1888 metais ši kodifikacija buvo pakeista: peržiūrėta ir modernizuota atsižvelgiant ne tik į komercinį kodeksą, bet ir į kaip tik tuomet įsigaliojusius Italijos ir Ispanijos kodeksus. Civilinio kodekso paruošimas buvo patikėtas Coimbra universiteto profesoriui Seabra; jo projektui pritarė parlamentas ir karalius, ir jis įsigaliojo 1867 metais kaip *Codigo civil*. Jo vietoje dabar galioja 1966 metų naujas *Codigo civil*, kurį rengiant protingai pasinaudota užsienio įstatymų leidyba, ypač Vokietijos, Šveicarijos bei Italijos, ir tai buvo padaryta tokiu mastu, jog galima savęs klausti, ar šiandien dar tinka Portugalijos privatinę teisę priskirti romanų teisės sistemoms. Vis dėlto naujojo kodekso atveju kalbama, palyginus su pažangiais modernių Italijos ir Olandijos kodifikacijų bruožais, apie labiau grįžtamąjį, konservatyvų kūrinį. Tai galima atspėti iš to, jog, viena vertus, darbo ir prekybos teisė nėra kodekso dalis, bet apsiribota „klasikine" civiline teise ir kad, kita vertus, Vokietijos lyginamosios teisės specialisto nuostabai, yra perimta Vokietijos civilinio kodekso pandektinė suskirstymo schema ir jo sąvokų instrumentarijus. Ir šeimos bei paveldėjimo teisė eina tradiciškai konservatyviais Pietų Europos šalių keliais.

Civilinio kodekso bendroji dalis, kitaip nei Vokietijoje, aptaria ir tarptautinę privatinę teisę, tačiau iš esmės reguliuoja tokias pat materijas: fizinių asmenų teisę (su vertu pripažinti asmenybės gynimu nuo intymios sferos pažeidimų bei prieš nuotraukų ar asmeninių laiškų skelbimą) ir juridinių asmenų teisę (draugijų ir fondų), remiantis Vokietijos CK 90 straipsniu – „juridinių faktų" *(factos juridicos)* teisę, kur panaudojant vokiečių skaitytojui žinomas *negocio jurídico* ir *declaração negocial* formuluotes yra apibrėžiamos normos apie klaidą, apgaulę, grasinimą, formą, atstovavimą, sąlygą, nusižengimą įstatymui ir geriems papročiams, lupikavimą ir t.t. Lupikavimo atveju *Código* 283 straipsnis atveria lupikautojui gana įdomią galimybę – iš savo priešininko reikalauti pritaikyti sutartį *segunda juízos de equidade*. Skyriuje apie „Teisių įgyvendinimą ir apsaugą", vėlgi pagal romanų tradiciją, yra nustatytos normos apie įrodymų teisę. *Código civil* II knyga *(Recht der Obligationen)* (Prievolinė teisė) yra suskirstyta į pirmąją dalį, kurioje kalbama apie prievolinius santykius „bendrai" ir į antrąją dalį, kurioje nustatomas atskirų sutarčių teisinis reguliavimas. Pirmasis skyrius daugelyje punktų remiasi Italijos *Codice civile* (sutarčių perėmimo ir sandorio pagrindo išnykimo atvejai) – aptaria ir deliktinę teisę bei, sekant vokiečių mąstymu, *negotiorum gestio* ir nepagrįsto praturtėjimo institutą. Pastebėtina, jog bendrojoje prievolinės teisės dalyje yra sureguliuotos visos prievolių užtikrinimo priemonės, kaip, pvz., laidavimas, įkeitimas, prievolių įvykdymo užtikrinimo perkėlimas, hipoteka, pirmenybės teisės, toliau – kreditoriaus daromas apskundimas. III knygoje yra išdėstyta daiktinė teisė (valdymas, nuosavybė ir daiktinės teisės), IV ir V knygose, lygiai kaip Vokietijos civiliniame kodekse, šeimos ir paveldėjimo teisė.

V.

Prancūzija XIX a. priklausė didžiausioms pasaulio kolonijinėms valstybėms. Šios įtakos svorio centras buvo Artimuosiuose Rytuose, Afrikoje, Indokinijoje ir Okeanijoje. Beveik visos šios teritorijos šiandien yra pasiekusios visišką nepriklausomybę, tačiau visose jose dar ir šiandien skirtingai veikia Prancūzijos teisinės tradicijos. Tai rodo Artimųjų Rytų, Magribų šalių ir buvusios prancūziškosios Afrikos dalies pavyzdys.

a) Apie praeito šimtmečio vidurį beveik visa Artimųjų Rytų teritorija buvo, nors ir netvirtoje, turkų valdžioje. Šios milžiniškos teritorijos privatinė teisė buvo kodifikuota tik iš dalies. Viešpataujant Osmanų valdovams buvo įvesti prekybos kodeksas (1850), Prekybos bylų proceso įstatymas (1861) ir kai kurie kiti specialūs prekybos teisės įstatymai, kurie visi drauge rėmėsi Prancūzijos pavyzdžiais. Tačiau privatinės teisės pagrindiniai institutai buvo apibrėžti islamo teisės, kurios turtinės teisės nuostatos neišsamia ir kazuistine forma buvo nustatytos Megelle, 1869–1876 metais paskelbtame kodekse. Tačiau šeimos ir paveldėjimo teisė nebuvo kodifikuota; ji buvo sukurta atskirų religinių bendrijų teismų pagal tuomet šių teismų taikytus šaltinius.

Aštuntąjį dešimtmetį Egiptui Osmanų imperijos ribose pavyko pasiekti didelį vidaus ir užsienio politikos savarankiškumą. Lemiamą įtaką padarė, žinoma, ne patys egiptiečiai, o Europos didžiosios valstybės, ypač Anglija ir Prancūzija. Jos buvo vienos iš pagrindinių labai prasiskolinusio ir po Sueco kanalo baigimo strategiškai labai svarbiu tapusio Egipto kreditorių. 1876 metais Egiptas su Europos valstybėmis turėjo sudaryti sutartį, pagal kurią buvo sukurti vadinamieji „mišrieji teismai". Šiuose teismuose paprastai posėdžiavo Europos teisėjai; grubiai tariant, jiems buvo suteikta kompetencija spręsti visus civilinius ir prekybinius ginčus, kurių viena arba abi šalys buvo užsieniečiai. Jie taikė vadinamuosius „mišrius kodeksus" *(Codes mixtes)*, kurie Europos valstybių pritarimu buvo sukurti pagal Prancūzijos teisę ir iš esmės buvo ne kas kita kaip skubiai parengtos civilinio kodekso (be šeimos ir paveldėjimo teisės), komercinio kodekso ir kitų Prancūzijos kodifikacijų trumpos redakcijos. Už „mišriųjų teismų" kompetencijos ribų liko šeimos ir paveldėjimo ginčai; jei juose dalyvavo užsieniečiai, juos sprendė ypatingi Europos valstybių konsuliniai teismai, jei juose dalyvavo egiptiečiai, juos savo kompetencijos ribose sprendė įvairių religinių bendrijų teismai. Turtiniams egiptiečių ginčams 1883 metais buvo sukurti vietiniai teismai, kurie, su kai kuriomis nuolaidomis islamo prievolinei ir daiktinei teisei, taikė sukurtus *Codes mixtes*. Taip Egipte griežtai buvo atskirtos šeimos bei paveldėjimo bylos ir turtiniai ginčai, nes šeimos ir paveldėjimo teisės bylas *religiniai* teismai sprendė paprastai remdamiesi islamo teise, o turtinius ginčus – *valstybiniai* teismai, daugiausiai taikydami prancūziškos kilmės nuostatas.

Keletą metų po Pirmojo pasaulinio karo Egiptas buvo nepriklausoma karalystė, tačiau dėl kanalo zonos ir kitų klausimų Anglijai turėjo suteikti vis didesnių privilegijų. Tik 1937 metais Egiptas galėjo susitarti su Europos valstybėmis, kad „konsulinis teismingumas" pereina „mišriesiems teismams" ir kad šie nustos veikę po 12 metų; tuo pačiu metu buvo nuspręsta pradėti rengti naują Egipto civilinį kodeksą.

Šis 1949 metais įsigaliojęs Civilinis kodeksas iš esmės kilo iš Egipto teisės mokslininko As-Sanhūrī parengiamųjų darbų. Nors As-Sanhūrī ir Egipto įstatymų leidėjas įsakmiai nurodė, kad ren-

giant kodeksą visais klausimais buvo atsižvelgta į islamo teisę, išsamesnis tyrimas rodo, jog šis kodeksas pirmiausia orientuotas į Prancūzijos teisę ir turi tik kelias islamiškos kilmės normas, pvz., taip yra dovanojimo ir pirmenybės teisės pirkti turtą atvejais. Jis pritaiko Prancūzijos ir Italijos 1928 metų prievolinės teisės projektą ir 1942 metų Italijos civilinį kodeksą bei gausias Prancūzijos teismų praktikos išplėtotas teisines idėjas. Taip, pvz., į kodekso normas buvo įtrauktas prancūzų mokymas apie žalos atlyginimą, padarytą piktnaudžiaujant teise; tas pat pasakytina apie Prancūzijoje atmestą, tačiau Italijos CK pripažintą mokymą apie sandorio pagrindo išnykimą (plg. apie tai 37 str. III). Egipto civilinis kodeksas taip pat neperėmė pasenusių *Code civil* normų apie sutarties pasibaigimą dėl kiekybinio paslaugų neatitikimo. Čia jis nustato normą, kuri artima Vokietijos CK 138 straipsnio 2 daliai ir *de lege ferenda* yra pasiūlyta jau ir Prancūzijoje. Palyginkime šiuo klausimu *Mousseron* p. 74 ir *Maury*, Travaux, ten pat, p. 480, kuris bendrą Egipto kodekso vertinimą užbaigia taip: *„Il y a toujours , entre le Code civil français et surtout entre le droit français et le Code civil égyptien, un incontestable lien de parenté; les deux restent, tout compte fait, de la même famille; mais le second ne se borne plus à suivre ou à imiter le premier; le législateur a repensé, corrigé celui-ci, en a complété les données et ainsi a réalisé une ceuvre, sur beaocoup de points, originale*" (p. 842). Egipto kodekse trūksta nuostatų apie šeimos ir paveldėjimo teisę: kaip ir anksčiau, čia funkcionuoja religinė teisė. Vis dėlto 1955 metais ypatingas religinis šių bylų teismingumas buvo panaikintas ir šeimos bei paveldėjimo bylų sprendimas paskirtas valstybiniams teismams. Šeimos ir paveldėjimo teisės (politiškai tai labai ginčijama) kodifikavimas jau tęsiasi daug metų. Iki šiol yra priimti tik kai kurie atskiri įstatymai.

Po Osmanų imperijos žlugimo Sirija ir Libanas nuo 1922 metų pagal Tautų Sąjungos suteiktą mandatą buvo valdomi Prancūzijos. Tačiau pačioje Turkijoje 1926 metais visa paveldėta civilinė teisė buvo pakeista šveicariškosiomis kodifikacijomis (plg. toliau 13 str. III), o Sirijoje ir Libane liko galioti islamo teisė. Turtinėje teisėje Megelle pamažu buvo išstumiamas modernių kodifikacijų. Taip Libane 1932 metais buvo išleistas *Code des obligations et des contrats*, kurį sukūrė prancūzų teisininkai ir ypač profesorius Josserandas. 1933 metų Libano civilinio proceso kodeksas ir 1944 metų Prekybos kodeksas irgi plačiai remiasi Prancūzijos teise. Prancūzijos įtaka Sirijoje iš pradžių buvo menkesnė; po Antrojo pasaulinio karo čia greitai vienas po kito įsigaliojo kodeksai, kurie rėmėsi Egipto kodeksų tekstais ir todėl netiesiogiai yra paveikti romanų teisės. Tai pirmiausia galioja 1949 metų iš Egipto perimtam Civiliniam kodeksui.

Tuo tarpu Egipto civilinį kodeksą priėmė ir pritaikė beveik visos Arabų Lygos valstybės, pvz., Irakas (1951), Libija (1953), Kataras (1971), Sudanas (1971), Somalis (1973), Alžyras (1975), Jordanija (1976) ir Kuveitas (1980). Kai kurios šalys labiau atsižvelgė į islamo teisę nei kitos. Ypač tai pasakytina apie Iraką ir Jordaniją. Negalima pasakyti, kokiu mastu dabar beveik visose Artimųjų Rytų valstybėse vykstantis reislamizacijos procesas paveiks civilinę teisę.

b) Magribų valstybėse *Alžyre, Tunise* ir *Maroke* nuo XIX a. pradžios Prancūzija turėjo lemiamą politinę įtaką. Konkrečiai šių šalių prievolinė ir prekybos teisė sutampa su Prancūzijos teise. Alžyre jau 1834 metais *en bloc* buvo įvesti *Code civil* ir *Code de commerce*, o Tunise 1906, Maroke 1913 įsigaliojo *Code des obligations et des contrats*, kuris yra šalių vietiniams reikalavimams pritaikytas Prancūzijos civilinio kodekso prievolinės teisės dalies va-

riantas. Pasibaigus Prancūzijos viešpatavimui šiose valstybėse liko galioti visi kolonijinių laikų įstatymai, jei neprieštaravo nepriklausomos valstybės statusui; jei jie paskutiniaisiais dešimtmečiais buvo reformuoti, kaip, pvz., Tunise, kur 1959 metais pakeista prekybos teisė, o 1962 metais jūrų prekybos teisė, Prancūzijos įtaka kaip ir anksčiau yra akivaizdi. Priešingai, šių šalių visų piliečių šeimos ir paveldėjimo teisė, jei jie yra musulmonai, yra islamo teisė, kuri Tunise buvo kodifikuota 1956 metais, Maroke – 1958 metais.

c) Didžiausi prancūzų kolonijų plotai buvo Afrikoje, teritorijose piečiau nuo Sacharos, tačiau ir šios teritorijos pasiekė nepriklausomybę. Tarp jaunų Afrikos valstybių ir Prancūzijos šiandien egzistuoja įvairiapusiai ekonominiai ir kultūriniai ryšiai. Tačiau Prancūzijos bandymai, panašiai kaip ir Britanijos sandraugoje dėka *Union Française*, o vėliau *Communauté Française*, sukurti glaudesnį valstybinį arba tarptautinį junginį su ankstesne metropolija nebuvo sėkmingi.

Prancūzijos kolonijinei imperijai priklausė ankstesnioji Prancūzijos-Vakarų Afrikos gubernatoriaus valdoma provincija, kurios teritorijoje 1960 metais, nepaisant visų bandymų išlaikyti valstybinę vienybę, atsirado ne mažiau kaip 8 nepriklausomos valstybės: *Senegalas*, *Mauritanija*, *Malis*, *Nigeris*, *Gvinėja*, *Burkina Faso*, *Dramblio Kaulo Krantas* ir *Beninas*. Panašiai yra su Prancūzijos Ekvatorine Afrika: čia 1960 metais atsirado *Gabunas*, *Kongas*, *Čadas* ir *Centrinė Afrikos Respublika*. Prie jų priskiriami dar *Togas* ir *Kamerūnas*, kaip buvusios Vokietijos ir po Pirmojo pasaulinio karo Prancūzijos valdymui patikėtos teritorijos, ir *Madagaskaras*, kurį nuo 1885 metų užvaldė Prancūzija, o 1960 metais jis tapo nepriklausomu. Jei galiausiai priskaičiuotume buvusias Belgijos kolonijines teritorijas, būtent *Zairą*, *Ruandą* ir *Burundį* (anksčiau priklausiusį Vokietijos valdomai Rytų Afrikai), aiškiai atpažįstama reikšmė, kuri Afrikoje tenka Prancūzijai ir prancūzų-belgų teisinio mąstymo veikiamoms valstybėms.

Prancūzai visose kolonijinėse teritorijose, praėjus trumpam laikui nuo jų užvaldymo, įvedė kodeksus, ypač civilinį kodeksą ir komercinį kodeksą; kai kurios nuostatos buvo modifikuotos atsižvelgiant į vietinių santykių specifiką. Be to, tuos pakeitimus, kuriais šie kodeksai vėliau buvo pakeisti metropolijoje, perėmė kolonijinės teritorijos. Be abejo, Prancūzijos įstatymai buvo taikomi tik tam tikroms asmenų kategorijoms. Joms priklausė tie, kurie Prancūziją paliko kaip prancūzai ir apsigyveno kolonijinėse teritorijose, toliau jų palikuonys, kurie Prancūzijos pilietybę turėjo pagal kilmę, galiausiai tie, kurie pilietybę įgijo. Prancūzijos įstatymai neturėjo būti taikomi visiems kitiems asmenims, ypač afrikietiškos kilmės vietiniams gyventojams. 1946 metų spalio 27 dieną šie asmenys, realizuojant Prancūzijos Konstitucijos 80 straipsnį, įgijo piliečių teises. Tačiau jie liko *citoyens français de statut local*, kuriems buvo taikomos ne Prancūzijos CK, o Afrikos paprotinės teisės normos, arba jei tai buvo musulmonai – islamo teisė. Šį materialinės teisės dvilypumą atitiko dvilypė teismingumo sistema. Prancūzams egzistavo sava teismų sistema, glaudžiai susijusi su Prancūzijos teismingumo sistema. Joje netgi buvo skiriami civiliniai ir administraciniai teismai, o kaip į paskutinę instanciją jie galėjo kreiptis į Kasacinį teismą arba į *Conseil d'État*. Vietiniams gyventojams egzistavo ypatingi vietiniai teismai, kuriuose teisėjavo giminės garbingi vyrai, islamo teisėjai *(Kadis)*, prancūzų kolonijiniai tarnautojai, o aukštesnėse instancijose ir profesionalūs Prancūzijos teisėjai.

Prancūzijos kolonijinė politika, kitaip nei Anglijos, kaip ilgalaikio tikslo visada siekė vietinių gyventojų asimiliacijos. Anglų kolonijiniai valdininkai po *Indirect Rule* principo ženklu

valdydami kolonijas pagal galimybę rėmėsi vietiniais gyventojais, o turinčių teisę priimti sprendimą instancijų decentralizaciją laikė teisinga ir nepažeidė susidariusios vietinės teisės; prancūzai, motyvuodami Didžiosios revoliucijos idealais ir tikėdami *civilisation française* pranašumu, nuolat žingsnis po žingsnio stengėsi vietinius gyventojus pakelti į prancūziškos metropolijos aukštesnę civilizacijos išsivystymo pakopą. Teisėje šis nusistatymas privedė prie to, kad prancūzų kolonijinis įstatymų leidėjas afrikiečiams gyventojams visada atverdavo galimybę pasirinkti Prancūzijos teisę. Taigi kolonijose visada buvo rūpinamasi tuo, kad afrikiečiai atskirus civilinius-teisinius aktus, pvz., santuokos sudarymą arba testamentą galėtų sutvarkyti pagal Prancūzijos teisę, arba kad jie konkretų ginčą susitarimu ar konkliudentiniais veiksmais kreipiantis į prancūzų teismą pavestų Prancūzijos teisei. Toliau kolonijoms galiojo specialios normos, kurios vietiniams gyventojams lengvatinėmis sąlygomis leido įgyti Prancūzijos piliečių teises ir kartu pasirinkti Prancūzijos civilinę teisę. Visi šios teisinės asimiliacijos bandymai, išskyrus Senegalą (labiausiai išsivysčiusios kolonijos), buvo nelabai sėkmingi; Afrikos paprotinė teisė ir islamo teisė, kaip Afrikos gyventojų asmeninis statusas, nebuvo pakeisti Prancūzijos teise.

Pasiekusios nepriklausomybę jaunos Afrikos valstybės ėmėsi esminės savo teisingumo sistemos reformos. Pirmiausia jos pašalino kolonijinių laikų dvilypę teismų sistemą: visi teismai dabar taiko arba Prancūzijos teisę, kuri iš esmės galioja toliau ir pagal kurią yra sukurta konstitucinė, administracinė, prekybos ir darbo bei socialinio aprūpinimo teisė, arba Afrikos paprotinę teisę ir islamo teisę, pagal kurias yra sprendžiami šeimos ir paveldėjimo teisės klausimai. Be kita ko, dabar visose šalyse einama prie to, kad, naudojant prancūzų teisinę terminologiją ir prancūzų kodifikacijos techniką, būtų parengti nauji kodeksai. Taip Senegale 1964 metais įsigaliojo *Codes des obligations*, kuris iš esmės yra originaliai modernizuotas Prancūzijos CK sutarčių ir deliktinės teisės normų variantas. Yra pasirengta kodifikuoti šeimos ir paveldėjimo teisę. Čia, be abejo, yra didelių sunkumų, pirmiausia kylančių iš Afrikos paprotinės teisės ir islamo teisės įvairovės.

VI.

Pietų ir Vidurio Amerika pirmaisiais XIX šimtmečio dešimtmečiais ilgoje ir kruvinoje kovoje iškovojo nepriklausomybę nuo Ispanijos. Kai šiose naujai įkurtose Lotynų Amerikos šalyse atsirado poreikis sukurti unifikuotus nacionalinius kodeksus, kaip pavyzdys, kuo reikia vadovautis, praktiškai buvo tik Prancūzijos teisė. Ispanijos, kaip buvusios kolonizatorės, teisė buvo nepriimtina; ji nebuvo kodifikuota ir dėl senųjų ispaniškų papročių galiojimo pačioje metropolijoje buvo suskaidyta ir neunifikuota. Tuo tarpu Prancūzijos CK buvo Didžiosios revoliucijos kūrinys; jo pagrindas buvo idėjų pasaulis, kuriuo ispaniškoje Amerikoje nuolat buvo remiamasi savo nepriklausomybės siekiui pateisinti. Savo išoriniu vientisumu ir kalbine raiška Prancūzijos CK toli lenkė kitus pavyzdžius. Kita vertus, jis maitinosi iš (ypač romėnų) terminų bei idėjų, ir jo recepcija iš Ispanijos bei Portugalijos imigravusiems gyventojams nereiškė jokio ryšių nutraukimo su įprastais teisės institutais. Todėl visi Lotynų Amerikos šalių civilinės teisės kodeksai, nors ir nevienodai, yra paveikti Prancūzijos CK. Prancūzijos įtaka XX šimtmetį prekybos teisei susilpnėjo labiau nei likusiai privatinei teisei, nes įstatymų leidėjai vis labiau rėmėsi kitais šaltiniais, ypač Italijos, Vokietijos ir Šveicarijos teise, o kai kuriais atvejais kaip, pavyzdžiui, įvedant angloamerikietišką *trust* (patiką), netgi bendrąja teise.

Vis dėlto šiandien nėra jokių abejonių dėl to, kad Vidurio ir Pietų Amerikos valstybių privatinė teisė priklauso romanų teisės šeimai.

Jei Lotynų Amerikos teisės sistemų viduje bandoma išskirti tam tikras grupes, tai pirmiausia gali būti iškeltos tos teisės sistemos, kurių civilinės teisės kodeksai labiausiai remiasi Prancūzijos CK, iš esmės yra tiesiog vertimas: čia priklauso Haičio (1825), Bolivijos (1830–1975), Dominikos Respublikos (1845–1884) ir, nors ir su apribojimais, Meksikos (1870–1884 ir 1928–1932) kodifikacijos. Antroji grupė pradedama Čilės civiliniu kodeksu, kuris, nepaisant viso rėmimosi Prancūzijos teise, greta Argentinos kodifikacijos yra savarankiškiausias ir originaliausias Pietų Amerikos įstatymų leidybos meno kūrinys.

Kodekso kūrėjas buvo venesualietis Andresas Bellas, kuris Čilės vyriausybės pavedimu projektą rengė 20 metų. Jame šalia prancūzų šaltinių yra pritaikyta ir romėnų teisinė tradicija; čia Bellas rėmėsi ypač *Siete partidas* ir Savigny mąstymu. Be to, kodekse yra panaudota ir autoriaus minčių, kurios, atsižvelgiant į jo atsiradimo laiką (prieš paskutiniojo šimtmečio vidurį) yra ypač savarankiškos ir naujoviškos. Taip kodekso pirmojoje knygoje apie asmenų teisę atskiru pavadinimu išskiriami juridiniai asmenys, kilniaširdiškai pripažįstą sutartį trečiųjų asmenų naudai ir išsamiai reguliuoją civilinio kodekso nežinomą fiduciarinę nuosavybę. Suskirstymas yra pranašesnis už Prancūzijos CK, kalba panaši: aiški ir įsimenanti. Kodeksą vėliau perėmė Ekvadoro (1860) ir Kolumbijos (1873) bei daugelio Vidurio Amerikos valstybių; jis padarė didelę įtaką kitoms Lotynų Amerikos šalių teisinėms sistemoms – ypač Venesuelos civiliniam kodeksui (1862) ir Urugvajaus civiliniam kodeksui (1868). Palyginkime Čilės civilinį kodeksą ir Arnold, JZ 1956, 773 bei Andreso Bello reikšmę: Samtleben RabelsZ 46 (1982) 421.

1869 metų Argentinos civilinį kodeksą parengė Argentinos Cordobos universiteto profesorius Dalmacio Vélez Sarsfieldas. Iš esmės jis buvo ir 1859 metais įsigaliojusio Argentinos prekybos kodekso autorius. Dirbdamas kūrėjas pirmiausia rėmėsi Prancūzijos CK pavyzdžiu, tačiau, kaip rodo jo gausios ir moderniems kodekso leidimams visuomet pridėtos išnašos, įtraukė ir prancūzų bei kitus autorius, pavyzdžiui, keletą nuostatų tiesiogiai iš Aubry ir Rau, kolizinę teisę – iš Savigny ir Story mokymo. Šalia to Vélez Sarsfieldas panaudojo ir Čilės civilinį kodeksą, ispanų įstatymus, Brazilijos parengiamuosius darbus apie brazilų kodifikacijas ir kitą medžiagą – viską sujungė į margą eklektiką. Vėliau jo sukurtas kodeksas beveik pažodžiui įsigaliojo Paragvajuje (1876).

Brazilija civilinį kodeksą pirmąsyk išleido 1916 metais. Jis buvo išleistas po daugelio projektų, ypač *Teixeira de Freitas* ir *Bevilaqua,* o šalia Prancūzijos CK buvo įtrauktos Portugalijos ir Italijos kodifikacijos, taip pat Vokietijos ir Šveicarijos kodeksai. Vokiečių įtaka labai ryški išorinėje kodekso sistematikoje, ypač Bendrojoje dalyje.

VII.

Šiaurės Amerikos kontinente Prancūzijos teisės tradicija iki šių dienų išliko dviejose teritorijose: *Luizianoje* ir *Kvebeke.* Lyginamasis teisės tyrimas romanų teisės tolesniam gyvavimui šiose teritorijose rodo didžiulį susidomėjimą. Nes ir Luiziana, ir Kvebekas yra federalinės valstybės, kurių likusi teritorija yra užvaldyta bendrosios teisės, narės; todėl galima įsivaizduoti, jog nuolat kylančio ekonominio ir kultūrinio bendravimo laikais bendroji teisė sie-

kia įtakos romanų teisinės tradicijos „saloms“ ir čia netgi buvo iškeltas klausimas, ar ilgai šiose teritorijose atsineštinė kontinentinė teisė galės atlaikyti bendrosios teisės įtaką. Svarbu ne tik tai, kad Luizianoje ir Kvebeke svarbūs privatinės teisės klausimai yra sureguliuoti įstatymais, kurie Kanadoje ir Jungtinėse Valstijose galioja federacijos mastu ir todėl yra sukurti vadovaujantis bendrąja teise bei panaudojant jos kalbą. Išryškėja ir latentinė angloamerikiečių teisinio mąstymo įtaka, nes daug teisininkų Luizianoje išsilavinimą įgyja kitose federacijos valstijose, į bendrąją teisę orientuotose teisės mokyklose arba Kanados Aukščiausiajame Teisme, kuris kaip paskutinė instancija taiko ir Kvebeko teisę, ir jame daugiausiai posėdžiauja teisėjai, kurie bendrojoje teisėje jaučiasi kaip žuvis vandenyje. Ypač Luizianoje, kur kalbinio ir kultūrinio savarankiškumo sąmonė yra mažiau išreikšta nei Kvebeke, į pavojų, jei tai galima laikyti pavojumi, kad išsilygins daugelis būdingų teisės taikymo stiliaus skirtumų, žiūrima visai rimtai; ieškoma, kaip tam pasipriešinti ypač saugant „kontinentinio“ teisinio mąstymo metodus. Neabejotina, jog Luizianos ir Kvebeko teisės sistemos lyginamosios teisės specialistui siūloma daug galimybių lyg „gyvame objekte“ stebėti įvairių teisės stilių savitarpio sąveikos procesą; su tuo yra susiję tai, kad abiejose valstijose suklestėjo pasaulinio masto žinomi lyginamojo teisės tyrimo centrai.

Kebliai situacijai, kurioje šiandien yra „kontinentinės“ jurisprudencijos valstybės dalys, esančios kitos valstybės teritorijoje, be Luizianos ir Kvebeko, reikėtų priskirti ir Škotiją bei Pietų Afriką (žr. šiais klausimais Smith, *The Preservation of the Civilian Tradition in „Mixed Jurisdictions“*, atspausdinta: *„Civil Law in the Modern World“* (Leidėjas – Yiannopoulos, 1965) 3.

a) *Luiziana* nuo XVII šimtmečio pabaigos buvo Prancūzijos (pagal Liudviką XIV pavadinta) kolonija, kuri tuomet apėmė visą Misisipės slėnį, o Šiaurėje tiesiogiai ribojosi su Prancūzijos karūnos valdomis Kanadoje. Joje galiojo Prancūzijos teisė, pirmiausia karaliaus nutarimai, po to – Paryžiaus *Coutume*. Konfliktas tarp Prancūzijos ir Anglijos, tuomet Šiaurės Amerikoje didžiausių kolonijinių valstybių, baigėsi tuo, jog Prancūzija 1762 metais į Vakarus nuo Misisipės esančią Luizianos dalį ir Naująjį Orleaną perleido Ispanijai. Ispanijos paskirti valdytojai tuoj įvedė savo metropolijos teisę, tačiau jiems nepavyko iš vietinių sėslių gyventojų sąmonės visiškai išstumti Prancūzijos teisės. Jau 1800 metais, grasinant į valdžią atėjusio Napoleono armijoms, Ispanija Luizianą turėjo grąžinti Prancūzijai, o Napoleonas, norėjęs visiškai susikoncentruoti Europoje, už nedidelius pinigus Luizianą pardavė Jungtinėms Amerikos Valstijoms, kurios pietinę dalį – šiandieninę Luizianą – iš pradžių kaip Orleano teritoriją perdavė federaliniam valdymui ir 1812 metais kaip savarankišką valstiją galiausiai priėmė į sąjungą.

Praėjus keleriems metams po Luizianos prijungimo prie Jungtinių Amerikos Valstijų Luizianos deputatų rūmai nustatė, kad turi būti parengtas kodeksas, kuriame būtų kodifikuota galiojanti teisė, taigi Ispanijos teisė. Vis dėlto kodekso kūrėjai labiausiai orientavosi į Prancūzijos teisę ne tik todėl, kad ši teisė buvo gerai žinoma ir gerai užsirekomendavusi ispanų kolonijiniu laikotarpiu, bet pirmiausia todėl, kad kaip tik tuomet įsigaliojęs civilinis kodeksas kiekvienam teisininkui, kuriam buvo patikėta kodifikuoti, kaip pavyzdys siūlėsi dėl formalių kokybinių savybių. Yra ginčytina, ar kodekso kūrėjai disponavo galutine Prancūzijos CK redakcija, ar turėjo vien tik Napoleono sudarytos komisijos projektą, o gal rėmėsi tik galutiniu Cambacères projektu. Kad ir kaip ten būtų, 1808 metais įsigaliojęs kodeksas remiasi, nežiū-

rint kai kurių ispaniškos kilmės priemaišų, ypač *Siete partidas*, Prancūzijos teise, o kodekso naujos redakcijos bei išplėtimai 1825 ir 1870 metais iš esmės nieko nepakeitė.

Be abejo, daugelyje svarbių teisės šakų ir institutų Luiziana šiandien tvirtai pasekė kaimyninių valstijų teise. Tai tinka ne tik tokiems teisės institutams, kaip, pavyzdžiui, bankroto, patentų ir prekių ženklų teisei, kurios Jungtinėse Valstijose yra sureguliuotos federaliniu įstatymu, bet ir ten, kur įstatymų leidybos įgaliojimai priklauso atskiroms valstijoms, pavyzdžiui, vekselių ir čekių teisėje, biržų, bankų ir draudimo teisėje bei akcijų teisėje. Šiose srityse Luiziana savo įstatymų leidybos stiliumi ir turiniu plačiai pasekė kaimyninių valstijų pavyzdžiu ir akivaizdu, kad ir aiškindama šiuos įstatymus teismų praktika orientuojasi į bendraamerikietišką praktiką. *Uniform Commercial Code* (Vieningas komercinis kodeksas) – didysis Amerikos viduje atliktos teisės unifikacijos kūrinys taip pat yra perimtas iš Luizianos (išimtis tik 2 straipsnis, kuriame sureguliuota pirkimo ir pardavimo teisė). Bet ir už komercinės teisės ribų jaučiama stipri bendrosios teisės įtaka. Pavyzdžiui, *trust* (patikos) teisinį institutą – bendrosios teisės kūrinį – Luiziana perėmė modifikuota specialių įstatymų forma. Deliktinėje teisėje ir šiandien beveik pagal pažodinį vertimą galioja Prancūzijos CK normos (plg. Luizianos CK 2315 str.); tačiau teismai įsivedė daugelį angloamerikiečių *negligence* (neatsargumo), atsakomybės terminų ir žalos padarymo sudėties požymių. Sutarčių teisėje užslėpta angloamerikiečių teisinio mąstymo įtaka galėjo būti didelė, juo labiau kad savarankiškos civilinės teisės doktrinos išplėtojimo pamatas Luizianoje iš tiesų yra silpnas, o gyvai bendrauti su prancūzų mokslu yra sunku dėl kalbos barjero. Tiesa, paskutiniaisiais metais į anglų kalbą iš dalies yra išversti Aubry ir Rau bei Planiolio kontinentinės teisės vadovėliai; valstijos universitetuose smarkiai remiamas mokslinis kontinentinės teisės nagrinėjimas. Kokių pasekmių šios priemonės turės teisinei praktikai, parodys tik ateitis. Šiandien Luiziana nepriklauso nei kontinentinei, nei bendrajai teisei; ji užima tarpinę padėtį ir pasirodo kaip *système juridique sui generis* (*Dainow*, p. 32).

b) Kanados provincijos *Kvebeko* teritorija iš pradžių sudarė milžiniškos prancūzų „Naujosios Prancūzijos“ kolonijos dalį, kuri driekėsi nuo Šv. Lauryno upės žiočių iki šiandieninių Jungtinių Valstijų vidurio vakarų. Ir čia Prancūzijos viešpatavimą nutraukė nesėkmingo karo su Anglija pabaiga: Paryžiaus taika savo Kanados valdą Prancūzija turėjo užleisti Anglijos karūnai. 1774 metų Kvebeko aktu anglai prancūzų kilmės kanadiečiams suteikė visišką religijos laisvę ir pripažino prancūzų teisę, ypač Paryžiaus *Coutume*, Kvebeko provincijos civilinės teisės pagrindu. Nuo šiol prasidedantys nesutarimai tarp prancūziškosios ir angliškosios Kanados gyventojų dalies, kurie, kaip žinoma, nevienodai aštriai tęsiasi iki šiol, neturėtų būti pavaizduoti iš arčiau; juose, šiaip ar taip, niekada nebuvo prarasta Kvebeko provincijos, kurios gyventojai sudaro apie ketvirtadalį visų Kanados gyventojų, teisinio savarankiškumo.

Ypatingos teisinės padėties, kurią turi Kvebekas bendrosios teisės valdomoje Kanadoje, pagrindas dar visai neseniai buvo 1866 metų *Code civil du Bas Canada*. Šis kodeksas rėmėsi Prancūzijos CK, tačiau kai kuriais atžvilgiais buvo savitas, pavyzdžiui, tuo, jog jame buvo reguliuojami ir komerciniai sandoriai. 1955 metais Kvebeko parlamentas nusprendė parengti naują kodifikaciją, nes 1866 metų kodeksas buvo tarsi ir pasenęs, o sukuriant modernų, kontinentinės teisės tradicijomis besiremiantį kodeksą, buvo siekiama įrodyti Kvebeko teisinį savarankiškumą. Po dešimtmečius trukusių profesoriaus Crepeau vadovaujamų parengiamųjų darbų 1981 metais buvo išleista šeimos teisė (2 knyga), o 1987 metais – asmenų, paveldėjimo ir daiktinė teisė (1, 3 ir 4 knygos). Nuo 1994 metų sausio 1 dienos *Code civil du Québec* (Kvebeko CK) galioja visas.

Šis kodeksas yra svarbus įstatymų leidybos laimėjimas. Jis vertas dėmesio todėl, kad remiasi Prancūzijos teisės pagrindiniais bruožais, tačiau visose vietose yra vadovautasi lyginamosios teisės svarstymais, o kai kuriais klausimais – bendrąja teise (pvz., kreditų garantijų teisėje ir svetimo turto valdymo savo vardu institute), dar kai kuriais – Europos Bendrijų teise (atsakomybė už nekokybiškais produktais padarytą žalą) arba Tarptautinės prekybos teisės konvencija (rizikos perėjimas pirkimo ir pardavimo atveju). Palyginkime Crépeau, *La réforme du code civil du Québec*, Rev.int.dr.comp. 31 (1979) 269; Cabrillac, *Le nouveau code civil du Québec*, D.S. 1993 Chron. 267; Pineau, *La philosophie générale du nouveau code civil du Québec*, Can.B.Rev. 71 (1992) 423; Legrand, *Civil Law Codification in Québec:* A Case of Decivilianization, ZEuP 1993, 574.

Klausimas, kiek kontinentinė teisė išlaikys savo savarankiškumą veikiant bendrajai teisei, Kvebeke atrodo kitaip nei Luizianoje. Kvebeke prancūziška tradicija gyvuoja ne tik teisinėje sistemoje, ja yra persmelktas ir visas prancūzų kilmės kanadiečių kultūrinis gyvenimas. Pagal gyventojų skaičiaus ir ekonominės galios santykį Kanados federacinėje valstybėje Kvebeko provincijai tenka kur kas stipresnė įtaka nei Luizianai Jungtinėse Valstijose. Yra svarbu ir tai, jog Kvebeko teisiniame gyvenime prancūzų kalba, greta anglų kalbos, kaip ir anksčiau, yra pagrindinė. Be to, Kvebeke praktikuojantys teisininkai kartais skundžiasi, esą prancūzų teisinę kalbą gadina anglicizmai, o angliškos kilmės teisėjai, naudodami angliškus išsireiškimus, dažnai į galiojančius tekstus įtraukia bendrosios teisės teisinių idėjų. Vis dėlto pagrindiniai Kvebeko privatinės teisės klausimais kūriniai, naudojami studijose ir praktikoje, yra sukurti prancūzų kalba, ir neabejotinai priėjimas prie modernios prancūzų teisinės literatūros yra kur kas lengvesnis nei Luizianoje. Šiaip ar taip, Luizianos ir Kvebeko lyginamosios teisės stebėtojui pateikiama įdomių kontinentinės teisės ir bendrosios teisės simbiozės modelių, kurie vaizdžiai parodo, jog po bendru federalinės valstybės stogu kartu sėkmingai gali gyvuoti įvairios teisinės tradicijos, ir tai gali būti net tada, kai šios tradicijos yra tokios skirtingos, kaip ir kilusios iš Romos ar Vestminsterio.

9. TEISMŲ SANTVARKA IR TEISINĖS PROFESIJOS PRANCŪZIJOJE BEI ITALIJOJE

Bellet, Grandeur et servitudes de la Cour de cassation, Rev.int.dr.comp. 32 (1980) 293; *to paties autoriaus*, France: La Cour de cassation, Rev.int.dr.comp. 30 (1978) 193; *Bénabent*, Avocats: Premières vues sur la „nouvelle profession", J.C.P. 1991.I.3499; *Boré*, La cassation en matière civile (1980); *Breton*, L'arrêt de la Cour de cassation, Ann. Université des Sciences Sociales de Toulouse 23 (1975) 5; *Cappelletti*, Der italienische Zivilprozess, Ein rechtsvergleichender Überblick, RabelsZ 30 (1966) 253; *Cappelletti/Merryman/Perillo*, The Italian Legal System (1967); *Cappelletti/Perillo*, Civil Procedure in Italy (1965); *Corves*, Zur Praxis der Kassation in Frankreich, DRiZ 1966, 139; *R.David*, Le droit français I: Les données fondamentales du droit français (1960); *David/de Vries*, The French Legal System (1958); *Hamelin/Damien*, Les règles de la nouvelle profession d'avocat (1977); *Herzog*, Civil Procedure in France (1967); *Lemaire*, Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris (1975); *Lindon*, La motivation des arrêts de la Cour de cassation, J.C.P. 1975.I.2681; *Mimin*, Le style des jugements (1978); *Olivier*, The Future of the Legal Profession in France, Austr.L.J. 53 (1979) 502; *Pédamon*, Anwaltsberuf im Wandel:

Entwicklungen in Frankreich, veikale: Kötz/Paul/Pédamon/Zander, Anwaltsberuf im Wandel (Nr. 111 der Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 1982) 37; *Perdriau*, La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation, J.C.P. 1994.I.3798; *Sgroi*, La Cour de cassation d'Italie, Rev.int.dr.comp. 30 (1978) 393; *Touffait/Tunc*, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, Rev.trim.civ. 72 (1974) 487; *West*, Reforming the French Legal Proffesion: Towards Increased Competitiveness in the Single Market, Leg.Stud. 11 (1991) 189; *Zweigert*, Der Jurist in Frankreich und Deutschland, Versuch einer vergleichenden Typologie, Fetschrift für Hans G. Ficker (1967) 498.

I.

Ne tik Prancūzijos CK, bet ir Prancūzijos *teismų santvarka* buvo pavyzdys daugeliui romanų teisės šeimos šalių. Ypatingo dėmesio šiuo atveju nusipelno *Kasacinis teismas* – Prancūzijos aukščiausias civilinių ir baudžiamųjų bylų teismas, kuris savo būdingais požymiais skiriasi nuo angloamerikiečių bei Vokietijos teisės sistemų aukščiausiųjų teismų ir todėl pirmiausia jam skirtinos tokios pastabos.

Kasacinis teismas yra Prancūzijos revoliucinės įstatymų leidybos kūrinys. Pirmiau vadintam *Tribunal de Cassation* priskirtos ne teismo, o įstatymų leidybos pagalbinės institucijos funkcijos; jis turėjo prižiūrėti, kad teismai nenukryptų nuo įstatymo teksto ir nesikėsintų į įstatymų leidybos valdžią. Toks „nukrypimas" nuo įstatymo teksto tuomet buvo grynas įstatymo *aiškinimas* ir teisės spragų užpildymas teismų sprendimais. Per dažnai *ancien régime* laikais buvo įsitikinama, jog kai kurių Prancūzijos provincijų teismai *(Parlements)* aiškinimais apeidavo karaliaus reformų įstatymus arba smarkiai apribodavo jų taikymą. Valdžių padalijimo principui prieštaravo ir tai, jog teisėjas turi įgaliojimus aiškinti įstatymą, todėl teismams buvo suteikta galimybė dėka *référé facultatif* įstatymų leidybos organui pateikti ginčytinus įstatymų aiškinimo klausimus. Ir aplinkybė, kad *Tribunal de Cassation* iš pradžių neįėjo į teismų sistemą, yra paaiškinama tuo, jog teismai nebuvo saistomi *Tribunal de Cassation* nutarimų, o grąžinus juos vėlgi galėjo priimti tokį pat sprendimą ar nuosprendį. Jei toks sprendimas ar nuosprendis vėl būdavo apskundžiamas, *Tribunal de Cassation référé obligatoire* pagalba nuo šiol buvo įpareigotas ginčytiną klausimą pateikti galutiniam sprendimui.

Revoliucinio laikotarpio nepasitikėjimas bet kokia teisės kūrimo forma, be abejo, greitai išnyko. Teismai niekada nepraktikavo *référé facultatif*, o vėliau, kai civilinio kodekso kūrėjai pripažino teisėjų daromos įstatymų interpretacijos būtinybę (plg. 7 str. II), *Tribunal de Cassation*, valdant Napoleonui pervadintas *Cour de Cassation*, vis labiau pats ėmėsi aiškinti įstatymus ir dėl netinkamo įstatymų aiškinimo naikinti žemesniųjų teismų sprendimus ar nuosprendžius. Tačiau principas, jog Kasacinis teismas ne pats sprendžia bylą, o tik panaikina apskųstą sprendimą ar nuosprendį ir bylą gali perduoti iš naujo nagrinėti kitam tokios pat instancijos teismui, yra išlikęs iki šios dienos. Teismas, kuriam yra perduota nagrinėti bylą, ir šiandien neprivalo sekti Kasacinio teismo sprendime išdėstytais motyvais: jam nukrypus nuo šio požiūrio ir jo sprendimą ar nuosprendį vėl apskundus kasaciniu skundu, bylą spręs Kasacinio teismo Rūmų jungtinis posėdis. Jei žemesniojo teismo sprendimas ar nuosprendis vėl yra panaikinamas ir byla perduodama nagrinėti trečiajam teismui, *šis* teismas privalo vadovautis Kasacinio teismo sprendime išdėstytais motyvais.

Italijoje šis sunkus procesas buvo supaprastintas. *Corte di Cassazione* turi įgaliojimus panaikinti apskųstą sprendimą. Tačiau teismas, kuriam byla perduodama nagrinėti iš naujo, *tučtuojau* yra saistomas Kasacinio teismo sprendime išdėstytų motyvų; palyginkime *Codice di procedura civile* 384 str.

Pabrėžtina, kad Prancūzijoje iš esmės kiekvienas teismo sprendimas gali būti skundžiamas kasaciniu skundu, jei kitos teisinės priemonės jau yra išnaudotos arba jų nebuvo numatyta nuo pat pradžių. Kasaciniam teismui gali būti skundžiami ir tokie sprendimai bei nuosprendžiai, dėl kurių negalima teikti apeliacinio skundo, kaip, pavyzdžiui, dėl ginčijamos sumos mažareikmiškumo, ir pasitaiko, jog Kasacinis teismas turi spręsti dėl apylinkės teismo *(tribunal d'instance)* sprendimų. Jei šios sąlygos yra įvykdytos, Kasacinis teismas privalo priimti sprendimą; jis neturi „principinę reikšmę turinčių bylų" pasirinkimo teisės. Ši norma privedė prie milžiniško Kasacinio teismo darbo krūvio: Kasacinis teismas per metus priima sprendimą dėl 18 000 kasacinių skundų civilinėse bylose.

Italijoje Kasacinio teismo teisminių sprendimų pakartotinio nagrinėjimo teisė yra netgi nustatyta 1948 metų *Konstitucijoje*; palyginkime 111 str. Nors 1942 metų *Codice di procedura civile* 360 straipsnyje Kasaciniam teismui nenumato teisės nagrinėti taikos teisėjų sprendimų, kuriuos galima skųsti apeliaciniu skundu, tačiau teismų praktikoje yra pripažinta, kad, remiantis Konstitucijos 111 straipsniu, kasacijos leistinumas turi būti pripažintas ir sprendimams šiose bylose; palyginkime Cass. 1962. 9.2., n. 271, Giust. Civ. Rep. 1962, s.v. *Cassazione civile* n. 163.

Iš esmės Kasacinis teismas apsiriboja *teisės klausimų* sprendimu; fakto klausimus jis palieka *appréciation souveraine des juges de fait*. Kadangi teisės ir fakto atskyrimas, be abejo, yra sunkiai įgyvendinamas, dažnai Kasacinis teismas turi nustatyti savo veiklos ribas. Tai darydamas jis pirmiausia vadovaujasi samprotavimu, ar jo sprendimas turės visuotinės reikšmės ir galės prisidėti prie teismų praktikos vieningumo apsaugos. Atvirkščiai, Kasacinis teismas mielai susilaiko nuo sprendimo ten, kur plėtojimasis dar tebevyksta: šiuo atveju jis aptariamąją problemą paprastai palieka nenagrinėtą motyvuodamas tuo, jog šiuo atveju (tariamai) yra kalbama apie fakto klausimą, kurį vertinant paskutinį žodį turįs tarti teisminėse instancijose dirbantis teisėjas.

Užsienio teisę Prancūzijos kasacinis teismas iš esmės vertina kaip „faktą"; todėl jis nenaikina sprendimo vien todėl, kad jame yra netinkamai taikyta užsienio teisė. Tačiau tai nekliudo Kasaciniam teismui įsikišti ten, kur pirmesnė instancija, neatsižvelgdama į Prancūzijos kolizinę normą, *iš viso nepritaikė* užsienio teisės arba kur taikant užsienio teisę įvyko ypač *sunkus* pažeidimas arba kur kalbama apie *visuotinės reikšmės* klausimą (palyginkime šiuo klausimu Zajtay, *Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen internationalen Privatrecht* [1963]). *Sutarčių aiškinimas* iš esmės yra faktą nagrinėjančių instancijų reikalas. Kitaip yra, jeigu kalbama apie visuotinai priimtų Bendrųjų sutarties sudarymo sąlygų arba sutarčių formuliarų aiškinimą ar jeigu teisminėse instancijose dirbantis teisėjas aiškindamas sutartį „iškreipė sutarties teisinę prigimtį" arba *clause claire et précise* suteikė nuo teksto tikslios prasmės nukrypstančią reikšmę (plg. 30 str.). *Italijoje Codice di procedura civile* 360 straipsnio 5 dalis Kasaciniam teismui dėl nuslėptų faktų pripažinimo suteikė panašių galimybių.

Prancūzijos kasacinį teismą sudaro šešeri rūmai, iš kurių trims yra suteikta kompetencija spręsti bendrus civilinius teisinius ginčus ir po vienus rūmus komercinėms, darbo ir socialinėms bei baudžiamosioms byloms. Kiekvienuose rūmuose dirba bent po 15 teisėjų. Iš viso Kasaciniam teismui šiandien priklauso apie 100 teisėjų ir dar 35 *conseillers référendaires:* tai yra jaunesnieji teisėjai, kurie ruošia rūmų sprendimus ir dalyvauja pasitarimuose priimant sprendimus, tačiau paprastai turi tik patariamąjį balsą. Civilinių bylų rūmai ir baudžiamųjų bylų rūmai sprendimus gali priimti dalyvaujant penkiems teisėjams; paprastesnėse bylose užtenka trijų teisėjų. Dėl didelio teisėjų skaičiaus kyla pavojus, jog atskirų teisėjų kolegijų praktika gali išsiskirti. Todėl Kasacinio teismo pirmininkas ir atskiri rūmai, jei kyla išsiskiriančios praktikos pavojus arba reikia spręsti *question de principe*, gali perduoti bylą spręsti *Chambre mixte*. Į jo sudėtį įeina teisėjai, priklausę bylą nagrinėjusiems rūmams, o kiekvieni rūmai, be pirmininko, siunčia seniausiai esantį tarnyboje ir dar du kitus teisėjus. Be to, dar yra Kasacinio teismo plenarinis susirinkimas *(Assemblée plénière*, anksčiau *Chambres réunies)*, kuriam priklauso tokiu pat būdu paskirti *visų* šešerių rūmų teisėjai. Plenarinis susirinkimas be šventinių posėdžių renkasi tik tokiais atvejais, kai dėl tos pačios bylos antrą kartą pateikiamas kasacinis skundas, nes instancinis teismas, kuriam buvo perduota byla po pirmos kasacijos, nepritarė Kasacinio teismo požiūriui (palyginkime šiuo klausimu *Perdriau*, ten pat). Greta Kasacinio teismo egzistuoja ypatinga prokuratūra, kurios nariai, su *Procureur général* priekyje, turi dalyvauti ne tik baudžiamajame procese, bet ir visuose civiliniuose procesuose: kasacinėje instancijoje, anot prancūzų, ir *civiliniame* procese egzistuoja viešas įstatymų laikymosi interesas, kuriam turi atstovauti prokuratūra. Žemesnėse instancijose prokuroro dalyvavimas civilinėse bylose yra būtinas tik bylose dėl asmens teisinio statuso ir globos, o kitose bylose jo dalyvavimas yra tik fakultatyvaus pobūdžio.

Kasacinio teismo sprendimai ir šiek tiek mažiau instancinių teismų sprendimai savo turiniu, struktūra ir tarimu yra labai būdingi ypatingam prancūzų teisinio mąstymo stiliui. Išoriškai kiekvieną Prancūzijos teismo sprendimą sudaro vienas vienintelis sakinys, kuris Kasaciniame teisme skamba arba „Teismas... atmeta [kasacinį skundą]", arba „Teismas panaikina [apskųstą sprendimą arba nuosprendį] ir grąžina bylą... teismui". Visas sprendimo motyvavimas tarp šio sprendimo sakinio veiksnio ir tarinio yra užpildytas daugybe šalutinių sakinių, prasidedančių *„attendu que..."* (atsižvelgiant į tai, kad). Sprendimo motyvuojamojoje dalyje bylos aplinkybėms pavaizduoti arba proceso eigai neskiriama jokio ypatingo skyriaus; atvirkščiai, bylos aplinkybės, kartais tik keliomis trumpomis užuominomis, yra referuojamos tik tiek, kiek tai yra būtina atskiriems kasaciniams reikalavimams išryškinti *(moyens)* ir teisėjo-pranešėjo motyvacijai bei paties Kasacinio teismo požiūriui. Prie to dar prisideda, ypač Kasacinio teismo atveju, pastangos maksimaliai suglausti sprendimo tekstą. Pagalbiniai svarstymai yra pašiepiami; jeigu kasacinis reikalavimas yra tenkinamas, kiti reikalavimai toliau nebenagrinėjami. *Obiter dicta*, nukrypimų ar literatūrinių išsireiškimų niekada nebūna Kasacinio teismo sprendimų praktikoje, o žemesniųjų teismų praktikoje – labai retai. Mažai būna ir teisinių-faktinių, teisinių-istorinių, lyginamųjų teisės arba teisės politikos svarstymų. Miminas, paplitusio vadovėlio apie sprendimo stilių kūrėjas, šiuo klausimu rašo:

> Dans cette catégorie d'arguments qui donnent à la décision une apparence sophistique, nous comprendrons les argumentes d'ordre extrajuridique inutiles à la solution du procès. Recouir alors aux considérations économiques, sociologiques, diplomatiques, c'est confondre les genres; c'est cacher la rectitude d'un bon raisonnement (ten pat, p. 255).

Kasacinio teismo sprendimuose visiškai nėra bylą nagrinėjančio arba kito teismo prejudicialumo citatų arba bent nuorodų iš teisinės literatūros. Žemesniųjų teismų sprendimuose jų taip pat pasitaiko retai; netgi Miminas jų nelaiko būtinais (p. 273). Kasacinio teismo sprendimai retai būna ilgesni nei 4–5 mašinraščio puslapiai, o dažniausiai tik kelios eilutės. Jie pasižymi nušlifuota elegancija, formaliu aiškumu, stilistiniu išbaigtumu, tačiau kartkartėmis sustingsta surambėjusių tuščių formuluočių, kurios iš tiesų neatitinka konkrečios (dažnai tik spėjamos) gyvenimo aplinkybių specifikos, rituale. Tai, kad už šių sprendimų slypi gyvi teisėjai, kurie galėjo sau leisti prabangą suabejoti, neturi išeiti viešumon: *majeste de la loi* reikalauja, kad sprendimas viešumą pasiektų krištoliniai tyras, kaip anoniminis teisinės kvalifikavimo įstaigos aktas.

Kasacinio teismo sprendimų stilių kritikavo ne tik užsienio teisininkai (palyginkime *Dawson*, The Oracles of the Law [1968] 375, 410; *Kötz*, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen [1973], bet ir prancūzų autoriai. *Touffait/Tunc* aukščiau nurodytame veikale nurodė, jog Prancūzijoje tarp Kasacinio teismo ir teisinės visuomenės negali būti tikro pasikeitimo nuomonėmis, nes sprendimuose paprastai pranešamas tik rezultatas, o ne sprendimo pagrindai. Daugeliu pavyzdžių jie parodė, į kokias situacijas papuola Prancūzijos teisininkas, kai, turėdamas nepaprasto trumpumo sprendimą, jis yra priverstas daryti drąsias hipotezes apie galimas pasekmes, ir niekada negali tikėtis, jog teismas jam kada nors duos aiškų atsakymą. Todėl jie siūlė, kad sprendimo motyvacija daugiau nebūtų spraudžiama į *attendus* Prokrusto lovą, bet kad teisėjas būtų įpareigotas *de livrer le fond de sa pensée, d'expliquer vraiment pourqu oi il statue dans un certain sens, sans rien cacher des éléments qu'il prend en considération.* Lygiai tos pat nuomonės yra Witzas, Rev.trim.civ. 91 (1992) 737. Žinoma, šie siūlymai iki šiol liko be praktinio poveikio, netgi buvo atvirai atmesti (plg. *Breton*, ten pat).

Nuo Kasacinio teismo einant žemyn Prancūzijos teismų santvarka nuo 1958 metų teisingumo sistemos reformos atitinka įprastą dvipakopį kontinentinės Europos modelį. Pirmąja instancija civilines bylas sprendžia vienas teisėjas *tribunaux d'instance*, kurių Prancūzijoje yra 471, taigi kiekviename iš 90 departamentų vidutiniškai yra po 5. Jie turi kompetenciją spręsti turtinius ginčus, kai ginčijamoji suma yra iki 30 000 frankų. Kai ieškinio suma yra iki 13 000 frankų, jų sprendimas, darant išlygą dėl kasacinio skundo, yra galutinis. Visas kitas civilines bylas pirmąja instancija nagrinėja 180 *tribunaux de grande instance*, kurių kolegijos susideda iš trijų teisėjų. Pirmoji instancija komerciniams-teisiniams ginčams, neatsižvelgiant į ieškinio kainą, yra *tribunaux de commerce*, kurie pagal poreikį vyriausybės nutarimu yra įsteigti didžiosiose prekybos vietose. Dabar jų apytikriai yra 230. Komercinių teismų kolegijos taip pat susideda iš trijų teisėjų, bet tai nėra profesionalūs teisėjai, o yra renkami netiesioginiais rinkimais tos teismingumo teritorijos, kurioje kompetenciją spręsti turi *tribunal de commerce*, prekybininkų. Be abejo, daugelis komercinių teismų teisėjų turi teisinių žinių, nes teisinis išsilavinimas Prancūzijoje seniai nebėra vertinamas kaip vien tik specialistų išsilavinimas, kaip tai yra Vokietijoje, todėl yra paplitęs tarp neteisinių profesijų išsilavinusių žmonių. Darbo teisinius ginčus pirmąja instancija nagrinėja *conseils de prud'hommes*, kuriuose posėdžiauja visuomeniniai neprofesionalūs teisėjai. Paprastai čia sprendžia teisėjų kolegijos, kurioms priklauso po lygų darbdavių ir darbuotojų atstovų skaičių; jei jie negali susitarti, tada kviečiamas vienas *tribunal d'instance* teisėjas, kurio balsas tokiu atveju yra lemiamas. Kiti specializuoti teismai, kaip pirmoji instancija, skirti nuomos, socialinio draudimo ir nusavinimo byloms.

Kai šalia bendrųjų civilinių bylų teismų, kaip pirmoji instancija, egzistuoja daugelis specializuotų teismų, apeliacinėje instancijoje yra visiškai įgyvendinta vieningo teismo idėja: nuo teisingumo sistemos reformos 1958 metais visos apeliacijos eina į *cours d'appel*, neatsižvelgiant į tai, ar yra apskųsti *tribunal d'instance, tribunal de grande instance* arba specializuotų teismų sprendimai; išimtis daroma tik kai kuriems socialinio draudimo ginčams. Turtinė riba, nuo kurios galima teikti apeliaciją kiekvienu atveju, taip pat komercinėse ir darbo bylose yra 13 000 frankų. Šis reguliavimas sukėlė didelę teisingumo sistemos centralizaciją, tai tampa aišku prisiminus, jog Prancūzijoje egzistuoja tik 35 apeliaciniai teismai, iš kurių esantis Bastijoje turi kompetenciją priimti apeliacijas tik iš Korsikos departamento, bet daugelis kitų priiminėja apeliacijas iš dviejų–keturių departamentų. Ypač svarbus Paryžiaus apeliacinis teismas, kurio teismingumo teritorijoje gyvena apie penktadalis Prancūzijos gyventojų. Šiam teismui priklauso apie 200 teisėjų, kurių padėtis socialiniu prestižu, tarnybiniu pakilimu ir atlyginimu yra geresnė nei „provincijos" apeliacinių teismų teisėjų.

II.

Prancūzijos teisėjas, kaip ir jo Vokietijos ar Italijos kolega, yra *karjeros teisėjas*, kuris savo jaunystės metais apsisprendė teisėjo profesijai, o išlaikęs reikalaujamus egzaminus valstybės buvo įdarbintas teisėju ir pagal savo laimėjimų bei tarnybos laiką šioje profesijoje pamažu gali kilti į aukštesnius teismus. René Davidas teisėjo ir advokato, abiejų Prancūzijoje vadinamų *magistrats*, karjerą apibūdina taip:

> La carrière de magistrat, en France, est choisie souvent par tradition de famille ou par inclination. En dehors de là, elle attire également certains gens à l ambition modeste, qui préfèrent la sécurité d'un traitement modique, mais sûr, aux hasards de la lutte, aux risques de la vie des affaires et aux aléas de la compétition. Celui qui choisit la carrière de magistrat peut envisager une vie tranquille, dont les premières années au moins se passeront dans une ville de province. Cette vie même ne sera pas troublée par d'excessives responsabilités; nous ne connaisons le juge unique, en France, que pour les petites affaires, civiles ou de simple police; dès qu'une affaire a une certaine importance, elle est soumise à un tribunal composé de plusieurs membres. Un principe du droit français veut de plus que la décision rendue soit anonyme (ten pat, p. 49).

Unifikuotas, visiems teisininkams bendras išsilavinimas Prancūzijoje neegzistuoja. Tiesa, Prancūzijoje būsimieji advokatai, notarai, teisėjai ir prokurorai turi baigti vienodas ketverių metų studijas, po kurių, išlaikius universiteto egzaminą, įgyjamas *maîtrise en droit*. Bet nuo čia keliai išsiskiria. Kas nori tapti *magistrat*, turi išlaikyti kitą, valstybės organizuotą, gana sunkų egzaminą, kuris jam suteikia teisę lankyti *École nationale de la Magistrature* Bordo mieste. Į šią teisėjų ir advokatų mokyklą, kuri 1958 metais buvo organizuota pagal įžymiosios *École nationale d'administration* pavyzdį, kasmet priimama apie 200 jaunų teisininkų. Jie prisaikdinami kaip *auditeurs de justice*, gauna atlyginimą iš valstybės ir 2,5 metų yra ruošiami būsimoms profesijoms. Jie atlieka stažuotes įvairiuose teismuose ir prokuratūrose ir intensyviai pagilina teisines specializuotas žinias, be to, jie yra mokomi teismo medicinos, kriminologijos bei komercinės buhalterijos disciplinų. Baigę mokytis absolventai laiko egzaminą; 60 procentų absolventų jau seniai yra moterys ir gali užimti laisvas teisėjų bei advokatų vietas. Kuo geriau išlaikyti baigiamieji egzaminai, tuo platesnis pasirinkimas.

Prancūzijos teisėjo nepriklausomybė visiškai garantuota; jo negalima atleisti ir prieš jo valią perkelti į aukštesnes tarnybines pareigas. Teisėjų paaukštinimas iš esmės priklauso nuo Centrinės paaukštinimo komisijos, kuriai be Teisingumo ministerijos valdininkų pirmiausia priklauso aukšti teisėjai; paaukštinant teisėjus remiamasi jų tarnybinėmis rekomendacijomis, kurias apie jiems pavaldžius teisėjus kasmet rašo teismo pirmininkai. Teisėjus skiriant į Kasacinį teismą, ypač svarbus yra *Conseil Supérieur de la Magistrature* vaidmuo. Tai Teisėjų aukščiausioji taryba, kurios narius skiria Prezidentas iš aukščiausiųjų teismų sudaryto sąrašo. Paaukštinant teisėjus politinės jų pažiūros neturi jokios reikšmės; jei, kita vertus, ypač nepriklausomų ir savarankiškų protų šansai natūraliai nėra labai dideli, tai yra ne Prancūzijos sistemos klaida, o jos trūkumas, kuris egzistuoja visur, kur žinomas skirtumas tarp „žemesniųjų" ir „aukštesniųjų" teisėjų ir kur tam, kad būtum paaukštintas, reikia orientuotis į tarnybines viršininko rekomendacijas.

Šį faktą atitinka tai, kad Prancūzijos teisėjas, kitaip nei angloamerikiečių teisinės šeimos teisėjas, neturi galimybės savo profesiniame gyvenime išsiveržti į viešumą. Kaip pavienis teisėjas žemiausioje instancijoje jis dirba tik su smulkiomis bylomis; jei jis priklauso teisėjų kolegijai, jam yra draudžiama ne tik balsuojant likti mažuma, bet jis ir šiaip, kaip teismo sprendimų autorius, dėka Prancūzijos teismų sprendimo stiliaus griežtumo, yra įpareigojamas kraštutiniai asmeniškai susilaikyti. Visa tai visiškai atitinka vidinį Prancūzijos teisėjų luomo nusistatymą:

Le juge français n'aime pas se mettre en évidence en créant des règles de droit. Dans la pratique, certes, il est amené à le faire: la fonction judiciaire n'est pas, et ne peut être, une fonction consistant à appliquer mécaniquement des règles connues, préexistantes au procès. Le juge français, pourtant, s'efforce de donner l'impression qu'il en est ainsi: toujours il prétend, dans ses décisions, appliquer une loi; jamais ou presque jamais il ne s'abrite derrière des pricipes généraux non écrits ou derrière des formules d'équité qui pourraient paraître aux yeux des tiers consacrer l'initiative et l'arbitraire du juge (*David*, ten pat, p. 50). Kad teisėjas mielai imasi vien tik teisės „taikytojo" vaidmens, o ne, nors dažnai tik nepastebimais žingsniais, šią teisę taiko kūrybiškai, atrodo, yra pasaulinio masto fenomenas. Maxas Weberis kartą konstatavo, jog esą „net tiems, objektyviai žiūrint, daugiausiai 'kūrybiškiems' teisėjams, buvo būdinga, kad jie subjektyviai save laikė tik galiojančių normų interpretatoriais ir taikytojais, o ne jų kūrėjais" (Wirtschaft und Gesellschaft II [1956] 512).

III.

Vokietijoje egzistuoja vieninga advokato, kuriam priklauso šalių teisinis konsultavimas ir atstovavimas, profesija, o Prancūzijoje ilgą laiką vyravo savitas darbo pasidalijimas tarp *avocat*, *avoue* ir *conseil juridique*. Po reformų įstatymų 1971 ir 1990 metais liko tik *avocat* profesija. Vis dėlto trumpai turi būti sustota ties anksčiau įprastu funkcijų pasiskirstymu, nes iš dalies jis egzistuoja ir šiandien, ir be jo negalima suprasti Prancūzijos advokatų veiklą reguliuojančių teisės normų.

1. *Avocat ir avoué.* Ilgą laiką Prancūzijoje buvo daromas didelis skirtumas tarp proceso vedimo (tai buvo laikoma daugiau techniniu reikalu) ir žodinio ginčijamos medžiagos bei teisinių problemų pateikimo teisme. Pastaroji funkcija buvo vertinama kaip užduotis, kuriai atlikti buvo reikalinga ypatinga gražbylystė, teorinis išprusimas, bendras išsilavinimas, tam tik-

ras išorinis ir vidinis atstumas nuo proceso formalumų. Pirmoji užduotis buvo priskirta *avoue*, antroji – *avocat*.

Todėl senojo stiliaus *avocat* buvo paliktas žodinis teiginių gynimas; likusio (rašytinio) proceso vedimas priklausė *avoué*: jis atlikdavo veiksmus, reikalingus teisminiam procesui pradėti, jis rašydavo ieškinį arba rašydavo atsikirtimus į ieškinį bei kitus raštus, jis teikdavo (raštu) prašymus, jis pristatydavo sprendimą, teikdavo apeliaciją, vykdydavo teismo sprendimus ir t.t. *Avocat* reikalas, kaip buvo sakoma Prancūzijoje, *la plaidoirie, Sache des avoué – la procédure, l'écriture et la postulation*. Iš esmės *avocat* ir *avoué* – kiekvienas turėjo savo užduočių atlikimo monopolį; nė vienas negalėjo prisiimti kito funkcijų. *Avocat* buvo laisvoji profesija; *avoué – officier ministériel*, taigi turėjo valdininko statusą. Tai buvo aišku ir iš to, kad jo apmokėjimas, kitaip nei *avocat* atveju, nebuvo nustatomas jo ir kliento susitarimu, o pagal valstybinį tarifą, toliau iš to, kad pagal atskirus teismus dirbantiems *avoués* egzistavo griežtas *numerus clausus*.

Tradicinis funkcijų pasidalijimas į *postulation* ir *plaidoirie* buvo vis stipriau kritikuojamas. Šalys nesuprasdavo, kodėl juos turi aptarnauti du asmenys, net jei buvo kalbama apie nesudėtingą procesą. Dvigubas aptarnavimas uždelsdavo procesą ir padidindavo jo išlaidas, nes tą patį darbą daugiausiai atlikdavo du teisininkai. Procesinio atstovavimo suskaldymas buvo problemiškas dar ir todėl, kad surinktos faktinės medžiagos ir jos išdėstymo raštu negalima atskirti nuo jos teisinio kvalifikavimo ir žodinio pateikimo. Todėl ypač didžiuosiuose miestuose neretai būdavo taip, jog rašytinius teiginius formuluodavo *avocat*, o *avoué* vien tik užrašydavo rašto antraštę teismui ir pasirašydavo. Dėl šių priežasčių abi profesijos 1971 metais buvo sujungtos į *nouvelle profession d'avocat*. Nuo to laiko ankstesnis darbo pasidalijimas egzistuoja tik vykstant procesui apeliaciniuose teismuose. Kituose teismuose visas procesinis atstovavimas yra *avocat* kompetencija. Vien tik advokatas gali atstovauti *tribunal de grande instance* ir aukštesniuosiuose teismuose; kituose teismuose šalims gali atstovauti kiti asmenys. *Tribunal de grande instance*, be abejo, dar tebeskiriama *avocat* ir *avoué*. *Avocat*, kaip anksčiau *avoué*, procesinio atstovavimo siauresne prasme funkciją gali prisiimti tik prieš tą teismą, kurio teismingumo teritorijoje yra jo kontora; priešingai, sakyti teismines kalbas jis gali visuose *tribunaux de grande instance*. Taigi jei kas nori, kad procesui Bordo [mieste] atstovautų Paryžiaus advokatas, jis privalo, jei reikia, atlikti anksčiau *avoué* priklausiusias užduotis, ir papildomai prašyti Bordo registruoto advokato. Kitaip yra *tribunaux d'instance* ir komerciniuose bei darbo teismuose; juose *avocat* yra laisvas vietos atžvilgiu ir jam yra suteikta kompetencija vesti visą procesą. Kasaciniame teisme ir *Conseil d'État* jis atstovauti negali. Šiuose teismuose procesui atstovauti gali ypatinga advokatų grupė, nepriklausanti laisvajai profesijai, tačiau (kaip anksčiau *avoues*) dirbanti kaip *officiers ministériels*. Honorarų teisiniame reguliavime yra išlikęs tradicinis *postulation* ir *plaidoirie* dualizmas. Kaip anksčiau *avoué*, taip dabar *nouvel avocat* už procesinius veiksmus gauna valstybės nustatytą užmokestį. Už teisines konsultacijas ir kalbas teisme jis dėl atlyginimo gali susitarti su atstovaujamuoju (vadinasi, nereikia vadovautis nustatyto dydžio užmokesčiu).

2. *Avocat* ir *conseil juridique*. Tik *avocat* turi teisę atstovauti šaliai valstybiniame teisme. Priešingai, dar visai neseniai nebuvo nuostatos, kuri tik advokatams būtų leidusi teisinį konsultavimą. Šioje srityje tarp jų ir kitų teisinių patarėjų, vadinamųjų *conseils juridiques*, vyko

gyva konkurencija, kurioje *conseils juridiques* nemažai pasiekė, nes jie sutelktai konsultavo įmones ir greičiau nei *avocats* reagavo į kylantį specialių žinių poreikį tam tikrose tradicinėse teisės šakose bei institutuose ir komercinėje, mokesčių bei tarptautinėje teisėje. *Conseil juridique* turėjo būti įrašytas į valstybinį registrą, tačiau tam pakako sėkmingai baigtų teisės arba ekonomikos studijų. Tokius dokumentus turintiems užsienio advokatams be papildomų sąlygų buvo leidžiama užsiimti *conseil juridique* veikla, nors ir ribotai – tik užsienio ir tarptautinės teisės konsultavimu; dėl šios liberalios pozicijos per paskutiniuosius 20 metų Paryžius tapo užsienio advokatų ir advokatų firmų Meka. Be abejo, *avocat* ir *conseil juridique* atskyrimas prieštaravo tam faktui, jog kontinentinėje Europoje visur buvo žinoma tik vieninga advokato profesija. Europos Teismo praktika dėl teisinių konsultavimo profesijų laisvės pasirinkti profesinės veiklos vietą ir paslaugas vertė imtis įstatymų leidybos. Todėl 1990 metų gruodžio 31 dienos įstatymu *avocat* ir *conseil juridique* profesijos susiliejo (plg. atskirai *Benabent*, ten pat). Prie 1990 metais Prancūzijoje buvusių 20 000 advokatų prisidėjo 5000 *conseils juridiques;* jie tapo 180 advokatų tarybų *(barreau)* nariais ir turi vadintis *avocat*. Taip Prancūzijoje iš esmės kiekvienam, kuris nėra tapęs *avocat*, galima uždrausti atlygintiną teisinį konsultavimą.

3. Ir į advokato profesinę veiklą abu įstatymai įnešė svarbių naujovių. Prancūzų *avocat* tradiciškai yra tam tikras advokatas, kuris yra kompetentingas specialistas visoje teisėje. Prancūzijoje, kaip ir kitose šalyse su išsivysčiusia ekonomika ir socialine sistema, išaiškėjo, jog esant šiandieniniams santykiams teisingam klientų konsultavimui reikia labiau specializuotų žinių ir patyrimo, tačiau tiek žinių iš visų teisės sričių negali turėti joks advokatas. Dėl to moderniai advokatų kontorai reikia pagalbinio personalo ir kontoros įrangos, kurios negali sau leisti pavieniui dirbantis advokatas. Iš to išplaukia, kad vis daugiau reikia naujų bendros profesinės veiklos formų. Todėl 1971 ir 1990 metų reformų įstatymais advokatams yra suteikta daugybė bendros profesinės veiklos galimybių. Tai įvairios biurų susivienijimo formos, toliau advokatų kontora, kokia ji yra žinoma Vokietijoje, ir prancūziško tipo advokatų kontora *(societé civile professionelle)* su savo teisiniu subjektyvumu, firmos pavadinimu, savu kapitalu, tačiau neribotos asmeninės turtinės atsakomybės.

Vokietijoje vis dar tebeaukojama „bendros specializacijos teisininko" fetišui, taigi visiems teisininkams, visiškai nesvarbu, kokia teisine profesija jie nori užsiimti, nustatomas vienodas išsilavinimas, kuris tęsiasi ne tik pernelyg ilgai, bet ir yra orientuotas į teisėjo profesinį įvaizdį bei griežtai reguliuojamas valstybės, o Prancūzija seka visoje Europoje gyvuojančia sistema. Jei jaunas teisininkas baigė ketverių metų universitetines studijas ir įgijo *maîtrise* diplomą, jam, jei jis nori būti advokatu arba komerciniu teisininku, rekomenduojama kitais metais įgyti specializuotų žinių ir *Diplome d'études supérieures spécialisées* (DESS). Jei po to jis nusprendžia imtis advokato karjeros, jis turi kandidatuoti į *Centre régional de formation professionelle*. Čia jis vienerius metus lanko profesorių, advokatų ir teisėjų skaitomus kursus ir praktiškai ruošiasi savo būsimajai profesijai. Galiausiai jis laiko egzaminą, po kurio įgyja *Certifikat d'aptitude pour la profession d'avocat* (CAPA). Po to jaunasis *avocat stagiaire* turi atlikti dvejų metų praktiką, kurios metu dirba vieno *avocat* biure, tačiau jau gali konsultuoti ir atstovauti teisme savarankiškai. Toliau be atnaujinto egzamino jis gali būti įrašytas į vieno iš *barreau* narių sąrašą ir gauti teisę, išskyrus *Conseil d'État,* ir Kasaciniame teisme, atstovauti kaip *avocat*.

IV.

Paprastai konkrečios teisinės sistemos savito stiliaus požymiai išryškėja tada, kai klausiama: koks *teisininko tipas* reprezentuoja šią teisės sistemą? Jei to yra klausiama Prancūzijos atžvilgiu ir palyginama su Vokietija, pirmiausia galima pasakyti, kad abi šalys neišugdė taip pasaulį stebinančios angloamerikiečių išmintingos teisėjo asmenybės. Tačiau Prancūzija ir Vokietija skiriasi, jei mes matome teisingai, tuo, kad Prancūzijoje reprezentatyvus teisininko tipas yra *avocat* (teisme kalbas sakantis advokatas), o vokiečių teisininko idealas yra teisės mokslo išlavintas teoretikas, išsimokslinęs *Doctor iuris*, kurį mes galime aptikti visose teisinėse profesijose, ypač tarp profesorių, taip pat tarp teisėjų ir advokatų.

Prancūzijoje iš teisinių profesijų į visuomenės akis pirmiausia krinta retoriškai spindintis, ypatinga luomo reputacija pasižymintis *avocat*. Paveldėta pažiūra, jog *avocat* nėra saistomas sutartinio atlygintino santykio su pavedimą duodančiu konkrečiu klientu, daugiau nebeturi praktinės reikšmės. Nepaisant to, *avocat* socialinį prestižą ir šiandien dar lemia įsitikinimas, kad jis teisme pirmiausia yra ne konkretaus interesanto atstovas, o atlieka tam tikros rūšies viešąją tarnybą. Aukšta *avocat* reputacija yra pagrįsta ir istorine Prancūzijos raida. *Avocat* yra anos pasitikinčios savimi prancūzų buržuazijos, kuri tapo 1789 metų revoliucijos nugalėtoja, atstovas. Ši revoliucija, kaip ir 1830 metų Liepos revoliucija, pažadino Prancūzijos teisininkų jausmą, kad už savo teises turi būti kovojama ne užsidarius studijoms, bet ir forume, parlamento tribūnoje bei teismo salėje. Iš to kyla Prancūzijos advokatų reikšmė viešajame gyvenime ir politikoje. Ilgą laiką buvo galima pagrįstai teigti, jog Prancūzijos parlamentą sudaro perpus merai ir advokatai. Taigi prancūzų buržuazijos paskutinių dviejų šimtmečių revoliucinis polėkis advokato asmenybėje dar nėra miręs. Ir advokatas kartu su prancūzų buržuazija pagal šiandienos mastelius yra konservatyvus. Tačiau ši konservatyvi dvasia yra kupina įsitikinimo, jog energingai ir įsipareigojamai reikia kovoti už pasiektų laisvių, įgytų rinkimo teisių, *droits acquis* išsaugojimą. Vokiečių teisininkas, priešingai, yra pralaimėjusių arba neįvykusių revoliucijų vokiečių buržuazijos atstovas. Prancūzijos revoliucijos ir išsilaisvinimo kovų įspūdžio paveiktas jis tiesiogiai bent mintimis ėjo į barikadas (turimas galvoje Thibaut ir Savigny ginčas), o po 1848 metų jis, kaip ir visa buržuazinė inteligentija, pasitraukė iš viešojo gyvenimo. Prancūzijoje jau nuo XIX šimtmečio pradžios, ypač *Conseil d'État* sprendimų praktikos dėka, kad apsaugotų pilietines laisves nuo valstybės valdžios viršijimo, buvo sukurtas puikus administracinės teisės pastatas, o Vokietijos teisininkas pasuko labiau stebėtojišku, tariamai „nepolitinės“ privatinės teisės puoselėjimo keliu. Vokietijoje, valdant Vilhelmui, rezignacinis atsisakymas veikti viešai ir dalyvauti politiniame gyvenime, užsidarymas teisinio mokytumo kiaute ėmė virsti paktais su esančiomis valdžiomis, o Prancūzijoje tautos sąžinė buvo sukrėsta Dreifuso aferos: neveltui garsusis Emile Zola ginamasis raštas – 1898 metų sausio 13 dienos straipsnis *L'Aurore* laikraštyje, pradedamas žodžiais *J'accuse...*, – yra parašytas teismo oratoriaus tonu; čia paaiškėja, kad Prancūzijoje advokato mąstymo ir kalbos stilius sąmoningai tarnauja tautos viešojo gyvenimo teisiniams ir moraliniams principams.

Charakteringų skirtumų išryškėja, kai imama lyginti, kokios *profesinės teisininkų dorybės* labiausiai vertinamos Vokietijoje ir Prancūzijoje. Vokietijos teisininko idealas apibūdinamas nuodugnumo, tikslumo, dogmatikos sąvokomis, dideliu potraukiu išgyventi mokslines kontroversijas, polinkiu į teisines konstrukcijas, kurios turi padėti užvaldyti teisinio gyvenimo įvairovę. Prancūzijos teisininko – *avocat* ir teisėjo tikslas yra išraiškos aiškumas ir lakonišku-

mas, iškalbingumas, stilius, įspūdis, forma. Forma – tai ne kažkas paviršutiniška, o pati teisinio mąstymo struktūra: *La forme donne l'être à la chose*. Prancūzijos teisininkas niekina *pédantisme*, *querelles d'Allemand*, norą taikyti teisę smulkiuose dalykuose, kurie nesvarbūs klausimo išsprendimui. Priešingai, vokiečių teisininkas mėgsta išsimokslinimo mantiją, plačias žinias. Tai krinta į akis, kai lyginami Vokietijos ir Prancūzijos teismų sprendimo stiliai: vienur platūs, paprastai vadovėlinio pobūdžio, su daugybe citatų vieno iš aukščiausiųjų Vokietijos teismų sprendimai, kitur – glausti prancūzų Kasacinio teismo *attendu-que* sakiniai. Tai paaiškėja ir iš teisinės kalbos savitumų, aptinkamų abiejose šalyse. Jei Stendalis, kaip jau minėta, dažnai skaitė Prancūzijos CK, kad išlavintų savo stilių, *vokiečių* poetui, priešingai, vargu ar būtų galima patarti atitinkamai elgtis su Prūsijos žemės teise arba Vokietijos civiliniu kodeksu. Iš esmės susidaro įspūdis, jog Prancūzijoje egzistuoja labai siauros apimties teisinė kalba ir kad apie teisę rašantis prancūzų rašytojas lygiai taip pat moka formuluoti paprastai, aiškiai ir neretai labai elegantiškai, kaip ir didieji prancūzų romano meistrai. Priešingai, Vokietijoje išsivystė speciali teisinė kalba, kurią sunku suvokti, tačiau tai dažnai vertinama kaip gili prasmė netgi ir ten, kur ji nėra teisinis žargonas, tačiau, šiaip ar taip, pilnamečiui piliečiui teisę daro sunkiau suprantama, nei tai būtų pageidaujama siekiant viešo pasitikėjimo teisingumo sistema.

Dėl to suprantama, kodėl Prancūzijoje teisės mokslas, visai kitaip nei Vokietijoje, yra *bendro išsilavinimo reikalas*, kodėl prancūzas tam tikras elementarias teisines žinias, kaip rašo René Davidas (ten pat, p. 46), vertina kaip *élément presque normal de la culture générale*. Todėl Prancūzijos universitetuose daug jaunų žmonių studijuoja teisę, nemanydami imtis teisininko profesinės veiklos; jurisprudencija yra ne tik profesinio ir specialiojo išsimokslinimo objektas, bet ir aiškaus mąstymo, suprantamos išraiškos ir retorinių įgūdžių aukštoji mokykla. Kita vertus, nuo to priklauso, kad prancūzų teisės mokymas yra lygus bendriesiems principams ir menkai teužsiima praktiniais teisės realizavimo socialinėje tikrovėje klausimais. Tačiau būtent šis bendras, tolimas praktikai, tarsi „literatūrinis" teisės studijų pobūdis yra kelias pagilinti bendrąjį išsilavinimą tokiems jauniems žmonėms, kurie vėliau nenori dirbti profesinio teisinio darbo. Todėl tam tikras susipažinimas su pagrindiniais teisės terminais yra labai paplitęs tarp išsilavinusių prancūzų. Ar iš tiesų, kaip yra sakoma, prancūzų valstiečių namuose šalia Biblijos galima rasti Prancūzijos CK, dar yra klausimas. Tačiau atrodo, teisus yra Sorelis, rašydamas: „Netikiu, kad yra kita šalis, kurioje civilinė teisė būtų taip pat įsiskverbusi į moralę ir šalies intelektualinį, jausmų ir literatūrinį gyvenimą" (Livre du Centenaire du Code civil I [1904] XXXV).

II. VOKIETIJOS TEISINĖ ERDVĖ

10. VOKIETIJOS TEISĖS ISTORIJA

Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Erste Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts (1951); *Coing*, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland (1967); *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte (1994); *Koschaker*, Europa und das römische Recht (1953); *Hans Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte (1982);

Thieme, Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte (1947); *Wesenberg*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung (Wesenerio redakcija, 1969), *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967).

I.

Būtų galima ginčytis, ar tarp Europos kontinento teisės sistemų reikia išskirti *romanų* ir *Vokietijos* teisės šeimas. Žinoma, tiesa yra tai, jog romanų ir Vokietijos teisės šeimos yra kur kas labiau giminingos viena su kita, nei abi su *Common Law* (bendrąja teise). Tačiau vien tik ši aplinkybė nepateisina to, kaip mums atrodo, kad nebūtų matoma svarbių stiliaus skirtumų, susidariusių kontinentinės Europos teisės sistemų viduje. Apie kai kuriuos skirtumus jau rašėme 9 skyriuje, kai teisinės terminijos, teismų sprendimų stiliaus ir būdingo teisininko tipo atžvilgiais palyginome reprezentatyvias Vokietijos ir romanų teisės šeimų sistemas. Šias abi teisės šeimas išskirti yra prasminga ir tikslinga – tai tampa ypač aišku, lyginamuoju požiūriu pažvelgus į *jų istorinę raidą*. Tai yra ketinimas, kurio siekiame kitaip samprotaudami apie Vokietijos privatinės teisės istoriją. Tačiau čia visai nekalbama apie savyje uždarą Vokietijos teisės plėtojimosi apybraižą; skaitytojas gali pasitikėti autoriais, kuriais buvo remtasi – išvardysime tik esmines Wieackerio, Koschakerio ir Hattenhauerio pažiūras. Šios knygos tikslas – *užsienio skaitytoją* trumpai supažindinti, kokiais klausimais vokiečių teisės istorija ėjo kitais keliais nei romanų ar anglų teisės istorija. Kadangi skirtinga istorinė raida vis dar yra lemiama apibūdinant teisės sistemą, ji, be abejo, gali padėti suprasti tą ypatingą stilių, kuriuo šiandien Vokietijos teisės šeima skiriasi nuo prancūzų teisės šeimos ir abi jos – nuo bendrosios teisės šeimos.

II.

Visos Europos tautos viduramžiais buvo veikiamos antikinės kultūros; todėl visos Europos tautos (kartu ir Anglija) viduramžiais patyrė romėnų teisės, kaip antikinės kultūros dalies, poveikį. Be abejo, įvairios tautos romėnų teisės poveikį pajuto įvairiais laiko tarpsniais ir skirtingu intensyvumu. Vokietija tai patyrė palyginti vėlai – daugiau tik nuo XV šimtmečio vidurio, – tačiau jos poveikis, kurį mes vadiname „romėnų teisės recepcija", Vokietijoje buvo stipresnis nei Prancūzijoje ir daug stipresnis nei Anglijoje. Jis privedė ne tik prie plačios romėnų teisinių institutų ir terminų recepcijos, bet ir prie teisinio mąstymo „sumokslinimo" tokiu mastu, kokio nepatyrė kitos Europos tautos. Kalbėdami apie priežastis, kurios Vokietijoje recepcijai suteikė ypatingą pobūdį, turime įsivaizduoti tą politinę padėtį, kuri Vokietijoje buvo susidariusi nuo Štaufenų dinastijos valdymo pabaigos. Ji apibūdinama vis silpnėjančia centrine imperijos valdžia ir atitinkamai stiprėjančia teritorinių kunigaikščių bei miestų valdžia. Kuo galima paaiškinti šią sunkių padarinių Vokietijos istorijoje turėjusią decentralizaciją? Ar tuo, kad Vokietijos imperatoriškoji valdžia pavargo nuo Italijos politikos ir apleido valstybės vidaus reikalus, ar tuo, kad Vokietijoje lenų santvarka buvo netobula ir todėl (kitaip nei Prancūzijoje ir Anglijoje) negalėjo pasitarnauti karaliaus valdžios centralizavimui, – šie klausimai šiame veikale neturėtų dominti. Bet kuriuo atveju neabejotina, kad centrinės imperijos valdžios nusilpimas ir teritorinių valdžių sustiprėjimas Vokietijoje galutinai paveikė romėnų teisės recepciją. Ši aplinkybė *sukliudė atsirasti ir konsoliduotis bendrai Vokietijos privatinei teisei, ben-*

drai Vokietijos teismų santvarkai ir *bendram Vokietijos teisininkų luomui,* o tai, kaip rodo Prancūzijos ir Anglijos pavyzdžiai, būtų leidę pasipriešinti ir atsispirti romėnų teisei.

Vokietijoje viduramžiais stigo centrinių politinių ir teisminių instancijų, kurios būtų turėjusios interesą susisteminti ir peržiūrėti paveldėtas išskaidytas giminės ir miestų teises, išstudijuoti jas moksliškai ir taip padėti Vokietijai bendros privatinės teisės pagrindus. Ypač trūko stiprios, centrinės ir imperatoriaus autoritetu paremtos teisminės institucijos ir teisininkų luomo, kuris politiškai būtų buvęs imperatoriaus pusėje ir būtų siekęs unifikuoto valstybės privatinės teisės mokymo, vokiškos *common law*. Anglijoje apie Londone centralizuotus teismus susiformavo korporatyviniais pagrindais organizuotas ir didelę politinę įtaką turintis advokatų luomas, Prancūzijoje Paryžiaus miestas buvo ne tik karaliaus ir karališkųjų įstaigų bei tarnybų, bet ir svarbiausių šalies teismų ir todėl geriausių teisėjų, advokatų bei teisės ekspertų buvimo vieta, kuriems karaliaus reikalai buvo jų reikalai ir jie buvo suinteresuoti didinti jo įtaką, o Vokietijoje imperijos valdžia vis labiau iro, teritorinių kunigaikščių valdžia vis didėjo. Vokietijos imperatorius neturėjo pastovios rezidencijos, savo tarnybą atliko važinėdamas; trūko centrinių valdymo įstaigų, imperatoriaus valdininkų štabo ir veiksmingo teisminio aparato. Tačiau buvo Imperijos Teismas *(Reichshofgericht)*, kuris kaip Aukščiausiasis Imperijos Teismas iš esmės kiekvieną ne pagal įstatymą žemesniuosiuose teismuose išspręstą bylą galėjo imtis nagrinėti ir visiems ordinariniams teismams valstybėje funkcionavo kaip apeliacinis teismas. Bet jo įtaka buvo menka jau vien todėl, kad jis buvo priklausomas nuo imperatoriaus, jame nebuvo nuolat dirbančių teisėjų ir jis taip pat neturėjo nuolatinės buvimo vietos; prie to prisidėjo tai, kad teritoriniai kunigaikščiai, augant jų politinei įtakai, galėjo užsitikrinti *privilegia de non avocando* ir *de non appellando* ir taip vis labiau siaurino Imperijos Teismo kompetenciją. Kai 1495 metais buvo įsteigtas Imperijos Rūmų Teismas *(Reichskammergericht)*, kuriame dirbo profesionalūs teisėjai ir kuris turėjo nuolatinę buvimo vietą (iš pradžių Frankfurte), bendrai Vokietijai privatinei teisei susidaryti jau buvo per vėlu (plg. *Koschaker*, ten pat, p. 212).

Imperijos valdžios silpnumas, stiprių valstybinių teismų ir įtakingo teisininkų luomo trūkumas Vokietijoje nutiesė kelią romėnų teisės recepcijai. Tačiau tuo dar nėra paaiškinama, kodėl romėnų teisė apskritai įsiskverbė į Vokietiją taip plačiai ir kodėl vietinės teisės sistemos, kad ir kokios jos būtų išsiskaidžiusios, buvo laikomos nepatenkinamomis. Tai priklauso nuo to, kad germanų teisės išplėtotų formų laipsniškai vis labiau trūko laiko poreikiams tenkinti. Pagal tradicinę sampratą teisėjo sprendimas rėmėsi tradicine teisine sąmone, praktine išmintimi, patyrimu bei aplinkybių padėties žinojimu, intuityviu suvokimu to, kas geriausiai atitiko akivaizdžią ir konkrečiai gyvenimišką situaciją. Tokios iracionalios, ne į tradicijas orientuotos teisės normos buvo vertinamos kaip nepakankamos, kuo komplikuotesni, daugiasluoksniškesni ir painesni darėsi vėlyvųjų viduramžių socialiniai ir ekonominiai santykiai. Į šį vakuumą įsiveržė romėnų teisė ne todėl, kad jos normos turiniu būtų geresnės arba teisingesnės nei tradicinės vokiečių teisės normos, bet todėl, jog ji turėjo platų terminų ir mąstymo formų instrumentarijų, kuriuo buvo galima teisiškai kvalifikuoti ir racionaliai svarstyti, nušviesti ir protingai argumentuoti sunkias dalykines problemas. Neabejotina, jog jei vietinė teisė būtų buvusi gerai organizuotų teisėjų ir advokatų rankose, būtų buvę galima, kaip rodo raida Prancūzijoje, šią teisę sutvarkyti, surinkti bei užtikrintai, racionaliai išstudijuoti, papildyti romėnų kategorijomis ir taip pritaikyti pakitusiems laiko poreikiams. Tačiau tam Vokietijoje nebuvo politinių ir socialinių sąlygų; todėl paveldėta teisė užsiliko „ikimokslinė“, nesutvarkyta, suskilu-

sios būsenos, o romėnų mąstymą ir institutus perėmė kai kurių teritorijų ir kai kurių teisės institutų *in complexu* – neprislopinti darnios sąjungos su vietoje išaugusia, į socialinį luomą organizuota teisėjų ir advokatų palaikoma unifikuota teisine kultūra. Prie to prisideda ir tai, kad romėnų teisė tuomet buvo ne bet kokia svetima teisė, o *Imperium Romanum* teisė ir jos galiojimas galėjo būti grindžiamas tuo, kad vokiečių tautos Šventoji Romos imperija ir Vokietijos imperatorius, kaip aišku iš pavadinimo, jautėsi Romos imperijos ir romėnų imperatorių įpėdiniais (plg. išsamiai *Koschaker*, ten pat, p. 70).

Romėnų teisę išmanantys teisininkai iš pradžių buvo naudojami Bažnyčios, kunigaikščių ir miestų valdyme: XV šimtmečio pabaigoje jie vis labiau iš teismų sistemos išstūmė ankstesnius nemokytus teisės žinovus ir patys užėmė teisėjų vietas. Šie teisininkai teisės žinių beveik be išimčių įgydavo žymiuosiuose Šiaurės Italijos universitetuose; tai pasikeitė, kai vis labiau, spaudžiami teritorinių kunigaikščių, kuriems reikėjo jaunų teisininkų, vokiečių universitetai ėmė nuolat skaityti romėnų teisės kursą. Šie teisininkai, kaip teisės dėstytojai universitetuose, teismų ir miestų raštininkai, kaip teisės ekspertai, kaip teisiniai patarėjai kunigaikščių ir miestų valdymo aparatuose, kaip teritorinės ir miestų teisės užrašymų sudarytojai per XVI ir XVII šimtmetį receptuotą romėnų teisę ir visur toliau gyvuojantį vietinį teisinį mąstymą sujungė į *usus modernus pandectarum*. Prie unifikuotos, Vokietijai bendros civilinės teisės, be abejo, nebuvo prieita. Politinis imperijos bejėgiškumas ir atskira mažų ir mažiausių teritorijų bei miestų įvairovė to neleido įgyvendinti. Kitaip nei Prancūzijoje, kur dėl panašiai tuo pačiu laiku kylančios karalystės ir augančio centralizmo buvo galima sukurti *droit français commun*, Vokietijoje atskirose didesnėse teisės srityse, pavyzdžiui, Saksonijoje dėka Carpzowo (1595–1666), Baltijos jūros regione dėka Meviuso (1609–1670), Viurtemberge dėka Lauterbacho (1618–1678) darbų buvo prieita prie romėnų ir vietinės teisės sintezės.

III.

Atėjus XVII šimtmečiui intelektinis Europos klimatas lemtingai pakito: racionaliai ir kritiškai patikrinusi paveldėtus religijos, politikos, teisės ir kultūros autoritetus, galinga intelektinė *švietimo* srovė individą siekia išlaisvinti iš viduramžiškų ryšių ir pagal proto reikalavimus jį pataisyti, naujai suformuoti jo pasaulėvaizdį. Ši nauja intelektinė srovė turėjo milžinišką poveikį teisės mokslui. Ji teisininkams suteikė poziciją, leidusią kritiškai peržvelgti istoriškai susiformavusią *usus modernus pandectarum* įvairovę, išvalyti ją nuo pasenusių teisės institutų ir išdėstyti pagal naują sistemą. *Kodifikacijos idėja* pirmiausia yra švietimo kūrinys, taigi mąstymas, kad paveldėta, išskaidyta ir neapžvelgiama teisė gali būti pakeista sąmoningai suplanuotu, racionaliu ir aiškiai suformuotu, plačiai apimančiu įstatymų leidybos kūriniu. Naujos intelektinės srovės Europos šalyse, be abejo, turėjo labai skirtingą poveikį. Mažiausiai jos paveikė *Anglijos* teisę, nes jos pobūdį apibrėžia istorinė patirtis bei praktinis esamojo laiko mąstymas, todėl neistorinės-teorinės prigimtinės teisės idėjos, kaip jos buvo išplėtotos kontinente, čia nesulaukė atgarsio. Racionalią anglų teisės kodifikacijos idėją gynė Jeremy Benthamas (1748–1832). Tačiau švietimo laikotarpio ir prigimtinės teisės sisteminis, sąvokomis pagrįstas teisinis mąstymas niekad negalėjo laimėti prieš blaivų praktinį ir sąmoningai tradicija besiremiantį anglų teisininkų konservatizmą – ypač prieš įtakingus *Inns of Courts* (advokatų kolegijų, kurios vienintelės teisininkui galėjo suteikti advokato vardą) organizuotus teisėjų ir advokatų luomus. Kitaip buvo *Prancūzijoje*: čia perduotą prigimtinės teisės medžiagą

Domatas ir Pothieras savo įtakinguose veikaluose apsvarstė iš naujo ir naujai sistemiškai išdėstė taip, kad vėliau Prancūzijos CK kūrėjams kai kuriose teisės srityse reikėjo tik perimti jau parengtas normas. Tačiau Prancūzijos teisės plėtojimuisi svarbu ir būdinga yra tai, jog čia švietimo ir prigimtinės teisės idėjos *buvo paverstos tiesiogine politine akcija* ir privedė prie 1789 metų prancūzų revoliucijos, *ancien régime* nuvertimo, pilietine teisine lygybe besiremiančios suvienytos valstybės idealo ir galiausiai prie Civilinio kodekso sukūrimo, kurį *paskyrė* ne absoliučiai valdantis švietimo laikotarpio monarchas iš viršaus, o kurį, nekenkiant Napoleono suteiktai pagalbai, *iškovojo tiers etat* iš apačios.

Dar kitaip buvo *Vokietijoje*: čia prigimtinė teisė pamažu iškyla iš bendrų filosofinių šaltinių ir išplėtojama į didaktišką ir mokomąją privatinės teisės teiginių sistemą. Pufendorfas, Thomasiusas ir Christianas Wolfas yra didieji sistemintojai, kurie griežtos, loginės-matematinės dedukcijos būdu nuo pačių bendriausių prigimtinės teisės tezių išveda vis konkretesnį reguliavimą ir teisės sistema pasirodo kaip dirbtinai suskirstytas, sistemiškai ir apžvelgiamai sudėliotas statinys. Universitetuose vis labiau pirmenybė teikiama racionaliam ir abstrakčiam mąstymo metodui, kuriam dažnai yra svarbiau sukurti mokslinius terminus ir logiškai neprieštaringas sistemas nei su socialine tikrove palaikyti tiesioginį ryšį, kurį *usus modernus pandectarum*, kad ir koks sunkiai suvokiamas, neapžvelgiamas ir pasenęs jis būtų, vis dėlto mokėjo saugoti daug geriau. Tai yra laikas, kai „teoriškai orientuotas, truputį nuo pasaulio atitolęs ir didele doktrinieriškumo doze apsirūpinęs vokiečių profesorius kartu su visomis geromis ir blogomis savybėmis atėjo į Vokietijos teisės fakultetus ir... nustatė jų charakterį iš esmės iki šios dienos“ (*Koschaker*, ten pat, p. 249).

Labai abstrakčios prigimtinės teisės mokytojų konstrukcijos Vokietijos teisinei praktikai neturėjo tiesioginės įtakos. Tačiau šios idėjos tapo praktiškai įgyvendinamos, kai Vokietijoje jos rado stiprų atgarsį tarp švietimo dvasia išauklėtų absoliučią valdžią turinčių kunigaikščių ir jų aukštųjų valdininkų ir taip tapo daugelio reformų judėjimų, kurie XVIII a. vokiečių teritorinėse kunigaikštystėse humanizavo teisingumo sistemą ir norėjo išvaduoti įstatymų leidybą nuo romėnų teisės autoriteto, varomąja jėga. Be abejo, šie siekiai, kitaip nei Prancūzijoje, niekada nebuvo nešami plačiųjų piliečių sluoksnių laisvės patoso ir audringų reformų troškimų, tačiau rėmėsi palankiu ir globėjišku švietėjiškos vyresnybės rūpinimusi. Tarp to laiko kodifikacijų 1756 metais pradžią padarė Bavarijos kanclerio v. Kreittmayrio parašytas *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* – kodeksas, kuriame buvo kodifikuotas tik *usus modernus pandectarum* bavariškasis variantas, bet, nepaisant to, daugelis jau ilgą laiką ginčytinų klausimų protingu sprendimu bei aiškia ir dalykiška (vokiečių) kalba atspindi tos epochos įstatymo kūrėjų tikėjimą protu. Šalia Austrijos civilinio kodekso, apie kurį bus kalbama 12 skyriuje, iš prigimtinės teisės epochos kodifikacijų pirmiausia reikia paminėti *Prūsijos žemės teisyną (das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten),* kuris galiojo senojoje prūsiškoje Vokietijos teritorijoje nuo 1794 iki Vokietijos civilinio kodekso įsigaliojimo.

Pirmieji parengiamieji darbai šiam kodeksui prasidėjo jau XVIII a. pradžioje; tačiau iniciatyvą iš tiesų energingam darbui su projektu parodė Frydrichas II, kuris šiuo atveju sąmoningai veikė kaip Prancūzijos švietimo epochos filosofų mokinys. V. Carmeris ir Svarezas – tai tie vyrai, kurie milžiniškam įstatymų kūriniui suteikė prigimtinės teisės dvasią ir Frydricho stiliaus švietėjiško absoliutizmo valstybinę moralę. Išorinė šio kodekso struktūra atitinka Pufendorfo sistemą. Remiantis žmogaus, kaip individo, prigimties dvilypumu ir žmogaus, kaip didesnių bendruomenių nario, idėjomis pirmojoje dalyje nustatomas asmens turtinių teisių re-

guliavimas, o antrojoje – asmens teisinė padėtis įvairiose bendruomenėse; pastarojoje dalyje Žemės teisynas nustato asmens, kaip šeimos nario, kaip šeimynos nario (įskaitant tarnus), po to kaip ūkinės bendrijos arba bendrovės nario, kaip priklausančio įvairiems luomams (buržuazijos, valstiečių arba aristokratijos) ir galiausiai kaip valstybės piliečio teisinę padėtį. Iš to aišku, kad šis kodeksas, šiuo atžvilgiu pastebimai skirdamasis nuo Prancūzijos CK egalitarinio radikalizmo, tebėra likęs Frydricho laikų Prūsijos luominės santvarkos grandinėse; jis nenori keisti visuomenės, tačiau nori tiksliai, visiškai ir vaizdžiai ją atspindėti, kad kiekvienas suprantamu būdu tėviškai būtų pamokytas apie tai, kokia vieta jam tenka valstybėje. Šiam kodeksui svetimas mąstymas, jog visuomenės gyvenime turi būti sritys, kuriose pilietis būtų laisvas nuo valstybės globos ir laisvai, savo atsakomybe galėtų formuoti savo socialinę aplinką: „Iš tiesų veikianti jėga [Prūsijos žemės teisyne] yra pretenzija į visaapimantį valdymą, visų pavaldinių gyvenimo santykių sureguliavimą vieną kartą visiems laikams ir iki mažiausių smulkmenų pagal jų tobulą idėją" (*Kunkel*, SavZ/Rom. 71 [1954] 534).

Palyginkime Žemės teisyno klausimu Luig AcP 194 (1994) 521 ir Dilcher ZEuP 1994, 446. Buvo siekiama užbaigtumo ir spragų nebuvimo, taip pat suprantamumo, liaudiškumo ir auklėjamojo poveikio, todėl buvo visiškai atsisakyta teisinės terminijos, o liko labai smulki, pamokomojo tono kodekso kalba ir ana didelė, apie 17 000 paragrafų, kazuistika, kuri pasižymėjo gyvenimišku patyrimu ir tikrovės atitikimu, paprastai raiškia ir vaizdžia kalba, tačiau šį kodeksą darė ypač nepaslankiu kūriniu, vos įsisavinančiu teoriją bei praktiką; Kunkelis aukščiau nurodytame veikale dėl begalinės jo kazuistikos ir su tuo susijusios teisėjo bei pavaldinių globos šį kodeksą vadina tiesiog „monstriška, neprotinga priemone". Tai, kad iš pradžių teisėjui uždrausta įstatymą „savavališkai" aiškinti ir tobulinti, o abejodamas dėl atskiros nuostatos prasmės jis turėjo kreiptis į Įstatymų komisiją arba teisingumo ministrą, mes jau minėjome (plg. aukščiau 7 str. II); šio kodekso įvado 6 skyriuje yra nuostata, kad priimant būsimus teismo sprendimus... „neturi būti atsižvelgiama į teisės mokslininkų nuomonę arba senesnius teisėjų sprendimus". Taip Žemės teisynas niekada netapo savarankiškos teisėjų arba mokslo tobulinimo ir nagrinėjimo objektu; juo labiau jis netapo vidinės Vokietijos privatinės teisės unifikacijos pavyzdžiu ar modeliu.

IV.

Kai XVIII ir XIX šimtmečio sandūroje įsigaliojo Prūsijos ir Austrijos kodifikacijos, prigimtinės teisės žvaigždė jau leidosi. Jos optimistinė pagrindinė prielaida, jog su žmogiškojo *ratio* pagalba galima aptikti bendrų etinių postulatų, nepasirodė atspari Kanto pažinimo kritikai. Tuo, kad Vidurio Europos prigimtinė teisė sudarė sąjungą su švietėjišku absoliutizmu ir paprastai buvo įspraudžiama į įstatymų turinį, ji neteko savo švietėjiško ir reformatoriško polėkio; XIX šimtmečio kylančiai buržuazijai ji vis labiau atrodė teritorinės absoliutinės monarchijos instrumentu, pilietinės egzistencijos spragų neturinčio reguliavimo įrankiu. Racionalizmą nugalėjo ir išstūmė naujos intelektinės srovės: Herderis nukreipė žvilgsnį į tai, jog poezijos menas, kalba ir kiti kultūros reiškiniai kyla ne iš abstraktaus proto, tačiau, kaip jis manė, yra išugdyti tautų kaip istoriškai nuolat kintantys reiškiniai. Romantika atskleidė elementarių ir iracionalių žmogiškojo gyvenimo jėgų ir nagrinėjo tokius terminus, kaip „liaudis", „raida", „siela", „jausmas" ir „pojūtis". Nė kiek nekeista, jog tokiu metu švietimo epochos optimistinis racionalizmas ir tikėjimas protu turėjo pasirodyti lėkštas.

Šioje istorinėje-intelektinėje situacijoje Vokietijoje atsirado *Istorinė teisės mokykla*, kurios pripažintu protu ir kartu vienu didžiausių vokiečių teisės mokslo klasikų buvo Frydrichas Karlas v. Savigny (1779–1861). Švietimo laikotarpio racionalizmas dar vadovavosi mąstymu, jog teisės sistema esanti sąmoningai suplanuota, proto valdoma įstatymų leidėjo tikslinė kūryba, o Savigny ir Istorinė teisės mokykla teisę vertina kaip istoriškai išsivysčiusį kultūros reiškinį, kurios ištakos yra tautos sieloje ir ten bręsta ilgame istoriniame procese. Ne tam tikro įstatymų leidėjo racionaliai veikiantis protas, o istoriją valdančios „tautos dvasios vidinės tyliai veikiančios jėgos" teisę iškelia kaip ir kalbą, poeziją bei religiją organiškame augimo procese. Todėl tikra teisė Istorinės teisės mokyklos atstovams yra išaugusi, paveldėta, papročiuose glūdinti paprotinė teisė, kurios nešėjas yra tauta ir kaip tautos atstovai – teisininkai.

Istorinės teisės mokyklos pagrindinė nuostata ypač išryškėjo per žymųjį ginčą, kuris 1814 metais įvyko tarp Savigny ir Heidelbergo profesoriaus Thibauto apie tai, ar pageidautinas unifikuotas Vokietijos civilinės teisės kodeksas. Kai po išsilaisvinamojo karo vokiečių tautoje pakilo susižavėjimo savo tėvyne banga, Thibautas savo veikale *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (Apie visuotinės civilinės teisės būtinybę Vokietijai) iškėlė reikalavimą, kad nepakeliama partikuliarinės teisės sistemų daugybė Vokietijoje pagal Prancūzijos CK pavyzdį būtų pakeista visuotiniu Vokietijos civiliniu kodeksu ir taip būtų padėtas pagrindas valstybiniam-teisiniam Vokietijos suvienijimui. Žinoma, praktinių realizavimo perspektyvų šis siūlymas tada neturėjo, nes po Napoleono žlugimo restauracija Vidurio Europoje greitai pakėlė galvą, o dėl vokiečių kunigaikščių dinastinio partikuliarizmo demokratinės integracijos į vieningą Vokietijos valstybę ir kartu teisinės vienovės sukūrimo šansas buvo praleisti tuščiai. Ne tik nepalankios politinės aplinkybės, bet ir Savigny pasipriešinimas sužlugdė Thibauto siūlymus. Savo poleminiame veikale *Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Apie mūsų laikmečio įstatymų leidybos ir teisės mokslo pašaukimą) Savigny atstovavo nuomonei, kad unifikuoto Vokietijos civilinio kodekso išleidimo valanda dar neatėjo. Prancūzijos CK ir Austrijos kodifikacijų pavyzdžių jis nevertino: abu kodeksai jam, kaip konservatyviai mąstančiam, tradicijos ir luominės padėties paveiktam aristokratui, dėl savo egalitarinio patoso ir antiistorinio tikėjimo protu buvo giliausiai nepriimtini ir todėl jis juos dėl formalių ir turinio trūkumų vienodai aštriai ir paviršutiniškai kritikavo. Savigny apskritai buvo tos nuomonės, kad įstatymų leidyba dėl to, jog ji yra neorganiška, nemokslinė, priešiška tradicijai ir besiremianti prievarta, nėra teisingas kelias bendrai Vokietijos teisei formuoti; tam, jo nuomone, reikėjo ištirti ir kultivuoti esamą, istoriškai susidariusią teisinę medžiagą; tai jis norėjo patikėti „organiškai pažangą darančiam teisės mokslui", „kuris gali būti bendras visai tautai".

Kadangi Savigny visa teisė yra istoriškai susidariusi teisė, jis ir Istorinė teisės mokykla kreipia žvilgsnį į istorinę teisės raidą. Savigny nepakankamai įvertina tai, kad šioje raidoje svarbų vaidmenį atliko ir *germanų* teisės šaltiniai. Todėl jis vėl reikalauja nagrinėti ir *šią* teisės istorijos dalį; tai iš tiesų labai paskatino germanų teisės Vokietijoje ištyrimą. Tačiau jis pats ir jo mokiniai daugiausia dėmesio skyrė vien tik romėnų teisei, ir ne toms formoms, kurias ši teisė įgavo viduramžiais arba *usus modernus pandectarum* laikais, bet beveik vien tik *antikinei* romėnų teisei, kaip ji buvo pateikta Justiniano šaltiniuose. Šios romėnų teisės pirmenybės pradine forma negalima paaiškinti istorinės teisės mokyklos programa, nes ja iš esmės galėjo pasinaudoti *visos* Vokietijos teisės istorijoje svarbiomis tapusios teisės sistemos. To priežastis slypi labiau tame, jog Savigny laikėsi savo laikotarpio humanistinio švietimo

idealo bei klasicizmo estetinio mąstymo ir, lygiai kaip tai vaizduojamajame mene padarė Winckelmannas, o poezijos mene Goethe, teisės moksle grįžimui prie tikrosios bei grynos antikos suteikė aukščiausią šviečiamąją vertę. Šis romėnų teisės idealizavimas Savigny ir dar labiau jo sekėjų, leido atsirasti visiškai neistorinei pažiūrai, jog romėnų sukurtos teisinės formos ir institucijos priklauso aukštesniam ir grynesniam intelektiniam-dvasiniam pasauliui ir yra amžinai galiojančios. Tačiau tai, kad romėnų teisė visada buvo tik priemonė bendro gyvenimo protingai tvarkai pasiekti ir todėl turi būti vertinama kintančių socialinių, ekonominių bei kultūrinių Romos visuomenės santykių kontekste, tuomet buvo nepripažinta arba ši pažiūra išstumta. Vietoj to buvo tikima, jog *Corpus Iuris* disponuoja amžinos vertės teisinių institutų lobiu, kuris, jei tik būtų teisingai išdėstytas ir susistemintas, galėtų galioti tiesiogiai. Tokių sutvarkymo, sisteminimo ir terminų sukūrimo pastangų iš Savigny ir pirmiausia jo sekėjų – nuo Puchtos iki Windscheido – netrūko. Taip pamažu iš Istorinės teisės mokyklos išsirutuliojo *pandektinis mokslas*, kuris sau kėlė tik vieną uždavinį – išnagrinėti dogmatinę-sisteminę romėnų teisės medžiagą. Šis tyrimas pasižymėjo pernelyg dideliu doktrinieriškumu, su kuriuo susipažinome jau prigimtinės teisės epochoje, ir skyrėsi tik tuo, jog išeities pozicija buvo rasta ne apibrėžtuose, tariamai protu pagrįstuose postulatuose, o romėnų teisės normose. Teisės sistema pasirodė esanti romėnų teisės pagrindu išplėtota uždara institucijų, terminų ir teiginių sistema, kuria remiantis loginėmis ir todėl „mokslinėmis" operacijomis galima išgauti visų teisinių bylų sprendimus. Taip teisės taikymas smuko iki grynai „techninio" proceso, iki skaičiavimo proceso, kuriame atsižvelgiama į tariamai „būtiną mąstymą" abstrakčiomis sąvokomis, tačiau kuris su praktiniu protu bei socialiniais vertinimais, su etiniais, religiniais, teisinės politikos ir ūkiniais svarstymais nebeturi nieko bendra. Apyvarta reikalavo, kad be skolininko sutikimo būtų galima perleisti reikalavimą, perkelti skolą, sudaryti sutartį trečiųjų asmenų naudai, tačiau sukonstruoti tokių teisinių santykių esamais terminais nebuvo galima, jie buvo „logiškai neįmanomi". Toks teisinio mąstymo metodas, besiremiąs „terminų konstrukcijomis" vietoj rūpestingo socialinio gyvenimo realybės stebėjimo, gali laimėti tik tokioje teisinėje kultūroje, kurios atstovai yra teoretikai, nuo pasaulio atitrūkę profesoriai ir kurioje nėra organizuoto, politiškai įtakingo teisininkų luomo, kuris būtų suinteresuotas, kaip Prancūzijoje, tobulinti unifikuotą, visapusiškai pripažintą Civilinį kodeksą arba, kaip Anglijoje, išlaikyti paveldėtą juridinę techniką. Vokietijoje tuo metu nebuvo nei vieningos privatinės teisės, nei centralizuotos teisingumo sistemos, taip pat nebuvo homogeniško ir bendros luominės savimonės siejamo teisininkų luomo. Nenutrūkstama partikuliarinių teritorinių kunigaikštysčių valdymo įtaka teisinę integraciją *politinėje* ir *praktinėje* plotmėje trukdė iki XIX šimtmečio; šioje padėtyje pandektinis mokslas vis dėlto galėjo apeliuoti į tai, kad Vokietijai sukurdamas bendrą teisinę dogmatiką jis atliko tokią integraciją bent jau *teoriškai*. Taip pandektinis mokslas sukūrė kraštutinio tikslumo terminų ir terminų atribojimo vienas nuo kito instrumentą, kuriam Vokietijos civilinis kodeksas dėkingas už techninės brandos lygį ir kuris, būdamas išplėtotas romėnų teisės pagrindu, turėjo didelę įtaką užsienyje. Bendroji teisinė dogmatika nepažinojo realių teisinio gyvenimo jėgų ir savo teiginių nesistengė pateisinti etiniais, praktiniais ar socialiniais įgaliojimais, todėl ji plačiu mastu perėjo į apsukrią scholastiką ir teisinį „stiklo karoliukų žaidimą". Be abejo, šie perdėjimai yra seniai atpažinti; mažiausiai teisės mokslo sąvokų metodai dar ir šiandien tebedaro įtaką Vokietijoje. Lyginamosios teisės specialistas, kuris apie nacionalinių dogmatikų vertę, remdamasis savo patyrimu, šiaip ar taip, sprendžia skeptiškai, stebėdamas Vokie-

tijos sceną vis naujai konstatuoja, jog nors teisės mokslo terminų prakeiksmas Vokietijoje ir priklauso geram tonui, tačiau nuo ten iki kasdieninio į gyvenimą orientuoto probleminio mąstymo reikia nueiti ilgą kelią.

V.

Apie XIX šimtmečio vidurį pasirodė pirmieji Vokietijos privatinės teisės kodifikacinio unifikavimo tendencijos požymiai. Šio judėjimo pradininkė buvo pasaulinė unifikuota prekybos ir vertybinių popierių teisė. Čia vekselių ir prekybos teisę pavyko unifikuoti į 1848 metų Vekselių įstatymą bei 1861 metų Bendrąjį Vokietijos prekybos teisės kodeksą, pamažu to paties teksto abu kodeksus įgyvendinant visose į Vokietijos sąjungą susijungusiose valstybėse. Imtasi unifikuoti bendrosios civilinės teisės srityje. Taip 1865 metais žinomi mokslininkai ir teisėjai pateikė prievolinės teisės projektą („Drezdeno projektą“), kuris rėmėsi grynai pandektiniu pagrindu ir vėliau turėjo būti pavyzdžiu Civilinio kodekso prievolinei teisei. Po Bismarcko valstybės įkūrimo 1871 metais pirmiausia imtasi teismų santvarkos, civilinio proceso ir bankroto teisės unifikacijos; po to 1879 metais įsigalioję „Imperijos teismų santvarkos, civilinio proceso ir baudžiamojo proceso įstatymai“ dar ir šiandien Vokietijos Federacinėje Respublikoje yra galiojanti teisė, nors ir su daugeliu pakeitimų. Nuo pradžių privatinėje teisėje konstitucija apribojo imperijos įstatymų leidybos kompetenciją prievoline, prekybos ir vekselių teise; tik tautinių liberalų deputatams Laskeriui ir Miqueliui reichstage ėmus iniciatyvos, 1873 metais imperijos kompetencija buvo išplėsta visai civilinei teisei ir tuo duotas startinis signalas nuo šiol prasidedančiam ir daugiau nei 20 metų besitęsiančiam Vokietijos civilinės teisės kodifikacijos darbui.

Parengti projektą 1874 metais buvo įpareigota *Pirmoji komisija.* Jai priklausė vienuolika narių: šeši teisėjai, trys ministerijos valdininkai ir du profesoriai (ir nė vieno advokato). Tarp jų vedantieji buvo Gottliebas Planckas – politikoje kaip liberalas pagarsėjęs aukščiausiojo rango teisėjas, ir Bernhardas Windscheidas – labiausiai gerbiamas pandektinės teisės mokslininkas. Komisija dirbo uždarai, nepalaikydama jokių ryšių su ekonomistais ar kitų socialinių grupių atstovais, o po 13 metų veiklos, 1887 metais, kartu su „Motyvais“ visuomenei pateikė pirmąjį projektą. Kritika buvo audringa. Nepaisant siūlymų taisyti projektą, prieš projektą buvo organizuota ir principinio pobūdžio išpuolių. Visuotinai buvo kaltinama pernelyg doktrinieriška išorinė forma, plačiai orientuota į pandektinės teisės mokslo abstrakčius terminus, toliau – visuomenei tolima teisinė terminija, kuri dėl tikslios ir preciziškos išraiškos atsisakė vaizdingumo ir aiškumo, galiausiai – pernelyg komplikuota blanketinių normų technika. Ypač įtakinga buvo Otto v. Gierkeso kritika; jis labai temperamentingame poleminiame rašte projektą peikė už tai, jog šis esą apeinąs daugelį vokiečių liaudyje gyvuojančių germaniškos kilmės teisinių tradicijų, panaikinąs paveldėtus socialinius, šeimyninius-teisinius ir paprotinius ryšius bei ištikimybės santykius ir pakeičiąs juos bedvase, kraštutinai individualistine pozicija. Dar aštresni buvo Vienos socialreformatoriškosios ekonomikos mokyklos atstovo Antono Mengerio priekaištai, kuris savo, tuomet neatkreipusioje dėmesio, knygoje *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (Apie civilinę teisę ir neturinčias nuosavybės liaudies klases, 1891) nurodė, kiek sutarčių sudarymo laisvės principas gali vesti prie socialiai silpnesnio priskyrimo socialiai stipresniojo sutartiniam diktatui ir kaip labai privatinės nuosavybės ir paveldėjimo teisės institutai, garantuodami galią disponuoti gamybos priemonėmis ir šios galios paver-

timą ilgalaike, gynė tik turtingosios klasės interesus. Iš esmės ši kritika davė tik menkų praktinių rezultatų. Prie 1890 metais sudarytos *Antrosios komisijos* prisidėjo kai kurie neteisininkai (greta vieno banko direktoriaus, vieno vyriausiojo girininko, vieno nacionalinės ekonomikos profesoriaus *trys* riterio dvaro valdytojai!). Antroji komisija dirbo viešesnėmis sąlygomis. Vis dėlto *Antroji komisija* iš esmės atliko tik pačią reikalingiausią, tačiau vis dar nepakankamą *kalbinę* teksto korektūrą ir, beje, į ledinį pirmojo projekto individualizmą įtraukė kai kurių socialinių elementų. Antrasis projektas kartu su „Protokolais" buvo pateiktas 1895 metais ir su kai kuriais (pagal visumą nesvarbiais) pakeitimais praėjo įstatymų leidybos procesą, o 1896 metų vasarą, socialdemokratams balsuojant prieš, Reichstagas jį priėmė. Asmeniniu imperatoriaus pageidavimu įsigaliojimo terminas buvo nustatytas 1900 metų sausio 1 diena: naujas šimtmetis turėjo prasidėti visu spindesiu.

11. VOKIETIJOS CIVILINIS KODEKSAS

Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht (1965) 65 ir kt.; *Coing*, Erfahrungen mit einer bürgerlich-rechtlichen Kodifikation in Deutschland, ZvglRWiss 81 (1982) 1; *Diederichsen*, Die Industriegesellschaft als Herausforderung an das bürgerlich Recht, NJW 1975, 1801; *Dölle*, Vom Stil der Rechtssprache (1949); *to paties autoriaus*, das Bürgerliche Gesetzbuch in der Gegenwart, veikale: Fünfzigjahrfeier des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (Leidėjas: Nipperdey, 1950) 14 ir kt.; *Esser*, Gesetzesrationalität im Kodifikationseitalter und heute, veikale: Vogel, 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz (1977) 13; *R.Gmür*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (1965); *Hedemann*, Fünfzig Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, JR 1950, 1; *Isele*, Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, AcP 150 (1949) 1; *Laufs*, Beständigkeit und Wandel – 80 Jahre deutsches BGB, JuS 1981, 853; *Rabel*, Zum 25. Geburtstag des Bürgerliches Gesetzbuchs, DJZ 26 (1921) 515, atspauSdinta: Rabel, Gesammelte Aufsätze I (Leidėjas: Leser, 1965); *to paties autoriaus*, The German and te Swiss Codes, La.L.Rev. 10 (1950) 265; *F.Schmidt*, The German Abstract Approach to Law, Comments on the System of the Bürgerliches Gesetzbuch, Scan.Stud.L. 1965, 131; *Andreas B. Schawarz*, Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande, veikale: Symbolae Friburgenses in Honorem Ottonis Lenel (1935) 425 ir kt.; *to paties autoriaus*, das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung (1950); *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967) 468 ir kt.

I.

Civilinės teisės kodifikaciją iš esmės apibūdina ta ypatinga istorinė situacija, kurioje ji atsiranda. Kai kuriems kodeksams pasisekė – jie galėjo įtvirtinti ką tik įvykusių socialinių santykių perversmų laimėjimus; buvo galima tikėtis, jog žmogaus įvaizdis ir socialinis modelis, įtvirtinti tokiuose kodeksuose, bus laikomi progresyviais ilgesnį istorinį laikotarpį. Kiti kodeksai buvo sukurti palyginti stabilių politinių ir ekonominių santykių metu; jie alsuoja regresyvesne stebėtojiška dvasia ir apsiriboja išlaikymu tos būklės, kuri atitinka seniai politiškai ir ekonomiškai viešpataujančių klasių interesus. Šioms konservatyvioms kodifikacijoms priklauso ir Vokietijos civilinis kodeksas: pagal Radbruchą jis yra „labiau XIX šimtmečio pabaigos nei XX

šimtmečio pradžios produktas" arba, kaip sakė Zitelmannas (DJZ 1900, 3), „atsargus užbaigimas to, kas jau yra istoriškai susiformavę, o ne drąsi naujos ateities pradžia". Iš esmės jame tiksliai atsispindi Bismarcko imperijos socialiniai santykiai. Toną davė liberaliai mąstanti stambioji buržuazija, kuri susitarė su absoliutinės Prūsijos konservatyviosiomis jėgomis Vokietijos imperijos nacionalinio valstybingumo rėmuose. Ekonominiame gyvenime viešpatavo ryškus liberalizmas, pagal kurį visuotinė gerovė atsiras savaime, jei ekonominių jėgų žaidimas, netrukdant valstybei, galės laisvai plėtotis. Aštuntąjį ir devintąjį dešimtmetį jau pasirodė socialinės politikos pradmenų, kurie, vedami patriarchališko absoliutinės valstybės globėjiško mąstymo, privedė prie darbininkų apsaugos ir pirmiausia – svarbių socialinės apsaugos įstatymų išleidimo. Tačiau šios socialinės tendencijos menkai paveikė privatinę teisę; atvirkščiai, nebuvo atsižvelgta į didžiuosius socialinius laiko pokyčius, kurie įžvalgiam stebėtojui jau tuomet buvo matomi. Civilinio kodekso kūrėjai nepastebėjo, kad paskutiniaisiais XIX amžiaus dešimtmečiais įvyko gilių socialinės struktūros pokyčių, kad svarbiausia ekonomine veikla vietoj žemės ūkio tapo prekyba bei pramonė ir kad greitai augo didžiųjų miestų gyventojų skaičius. Todėl pagrindinis žmogaus įvaizdis Civiliniam kodeksui yra ne smulkus amatininkas arba fabriko darbininkas, o pasiturintis įmonininkas, ūkininkas arba valdininkas, taigi žmogus, iš kurio galima laukti, jog jis nusimano pakankamai, kad galėtų protingai veikti sutarčių laisvės, ūkinės veiklos laisvės bei konkurencijos sąlygomis ir išvengti žalos.

II.

Pagal kalbą ir techniką, struktūrą ir sąvokų formavimą civilinis kodeksas yra vokiečių pandektinio mokslo ir jo giluminės, lygiai tiek tikslios ir tiek abstrakčios erudicijos kūdikis – su visais iš to kylančiais privalumais bei trūkumais. Austrijos civilinio kodekso *bon sens*, Šveicarijos kodifikacijų liaudiškumo ir vaizdingumo, pilietinės lygybės ir laisvės dvasios persmelktos lakoniškos *Code civil* dikcijos – viso to Vokietijos civiliniame kodekse yra visiškai atsisakyta. Jis yra skirtas ne piliečiui, o teisės ekspertui, jame sąmoningai atsisakoma visuotinio suprantamumo ir auklėjamosios reikšmės ir todėl visose vietose konkreti ir aiški kazuistika yra pakeičiama abstrakčia teisine terminija, kuri neprofesionalui, dažnai ir užsienio teisininkui, lieka nesuprantama, bet savo tikslumu ir minčių disciplina nuolat priverčia stebėtis ilgus metus prie kodekso dirbantį specialistą. Tokias sąvokas kaip „disponavimas", „įgaliojimas", „sutikimas", „nedelsiant", „gera valia" ir daugelį kitų visame tekste kodekso kūrėjai yra panaudoję tiksliai ta pačia reikšme. Įrodinėjimo pareigos teisinis reguliavimas yra pridengtas tam tikra sakinio struktūra, pasikartojimų išvengiama tuo, jog kodekse iš vienos vietos dažnai papildomai nukreipiama į kitą. Priešingai, Vokietijos civiliniam kodeksui labai trūksta Prancūzijos CK elegancijos ir raiškumo, epigraminio trumpumo bei formuluočių santūraus jausmingumo; vietoj to jame labai vertinamas tikslumas, aiškumas ir nuostatų išsamumas, pasižymintis sausu kanceliariniu stiliumi, komplikuota sakinių struktūra ir senovės frankų stiliaus išsamumu. Visa tai yra įtvirtinta ir ten, kur be vargo galėtų būti gyvesnės ir vaizdingesnės formuluotės ir būtų išvengta nukreipimų. Vokietijos civilinis kodeksas yra ne kalbos meno kūrinys, bet „*par excellence* teisinė skaičiavimo mašina" (*A. B. Schwarz*, Das Schweiz ZGB, ten pat, p. 8), „nepaprasto tikslumo teisinis šedevras" (*Isele*, ten pat, p. 6), „privatinės teisės kodeksas su galbūt visų laikų tiksliausia, nuosekliausia teisine terminija" (*Gmuer*, ten pat, p. 28). Kitaip nei Prancūzijoje, Austrijoje arba Šveicarijoje, Vokietijoje niekas, net Vokietijos teisininkas, nejaučia

savo kodifikacijai šiltų simpatijų arba vidinio prieraišumo; yra ramiai, beveik su pasibjaurėjimu pripažįstama, jog kodeksas yra racionalus dėl savo negincytinų techninių ir kokybinių savybių.

Pagal išorinį suskirstymą kodeksas seka pandektinio mokslo išplėtotu padalijimu į penkias dalykines santykių grupes, kurių kiekvienai yra paskirta po knygą. Dvi iš šių santykių grupių apima kompleksus klausimų, kurie ir socialinėje tikrovėje yra vertinami kaip vienas nuo kito priklausomi: būtent *šeimos teisė* (IV knyga) ir *paveldėjimo teisė* (V knyga). Abi *daiktinės teisės* dalys (III knyga) ir *prievolė teisė* (II knyga) orientuojamos į iš romėnų teisės kylantį *iura in rem* ir *iura in personam* išskyrimą. Todėl *daiktinė teisė* tokias teises kaip nuosavybė, hipoteka, naudojimas ar užstatas sujungia į vieną visumą; jos priklauso kiekvienam ir *kiekvienas* gali jas naudoti kito asmens atžvilgiu. *Prievolinėje teisėje* yra įtvirtintos „būtinosios" teisės, kurios dėl sutarties, nepagrįsto praturtėjimo arba delikto bet kuriam asmeniui suteikia teisę kelti pretenzijų *tik kitam konkrečiam asmeniui.* Šis atskyrimas, be abejo, skatina mąstyti aiškiai. Tačiau vieningus gyvenimo procesus kodekse jis išdėsto atskirtai vieną nuo kito, o visiškai tolimus dalykinius klausimus išdėsto vieną šalia kito. Taip, pavyzdžiui, angloamerikiečių teisininkui yra savaime suprantama, jog pirkimo ir pardavimo teisėje turi būti nagrinėjamas ne tik klausimas, kada ir ar iš viso pirkėjas gali reikalauti pristatyti nupirktą prekę, bet ir klausimas, kada ir ar iš viso pirkėjas, jeigu prekė jau yra pristatyta, į pristatytą prekę įgijo nuosavybės teisę. Civilinis kodeksas pirmąjį iš šių klausimų reguliuoja prievolinėje teisėje (433 ir kt. str.), antrąjį – daiktinėje teisėje, daug tolimesnėje vietoje (929 ir kt. str.). Angloamerikiečių samprata grindžiama mintimi, jog vieningas gyvenimo santykis su visomis savo pusėmis turi būti reguliuojamas vienoje sisteminėje vietoje, o vokiečių samprata pagrįsta tuo, kad nuosavybės teisė į daiktus gali būti įgyjama ne tik pagal pirkimo ir pardavimo sutartį, bet ir *dovanojant* arba *mainant* daiktus: čia vieningas reguliavimas pasitarnauja, be abejo, ne menkai vertinamai išorinei formai ir teisinės medžiagos racionalizavimui. Atvirkščiai, bendrosios teisės teisininkas neįstengia atskleisti vidinio ryšio tarp pirkimo ir pardavimo bei deliktinės teisės; todėl jis, kaip ir akademiniame mokyme, pirkimo ir pardavimo teisę ir deliktinę teisę nagrinėja kaip visiškai atskiras teisės sritis. Kitaip yra Vokietijos civiliniame kodekse: jis atranda, jog tiek pirkimo ir pardavimo, tiek delikto atvejais vienas asmuo gali „kažko reikalauti" iš kito asmens, tad šie abu teisės institutai yra priskirti prievolinei teisei ir iki šiol nagrinėjami tose pačiose mokymui skirtose priemonėse.

Prieš keturias knygas apie prievolinę teisę, daiktinę teisę, šeimos teisę ir paveldėjimo teisę įdėta penktoji knyga „Bendroji dalis", su kuria civilinis kodeksas įtvirtino ypač diskutuotiną pandektinės jurisprudencijos paveldą. Bendrojoje dalyje yra įtvirtintos, kas būtų prasminga ir galbūt netgi sveikintina, ne bendrosios normos apie elgesį teisiniame bendravime (plg. Šveicarijos CK 2 str.) arba teisės aiškinimo, paprotinės teisės, teisėjo nuožiūros arba įrodinėjimo pareigos principai (plg. Šveicarijos CK 1 str., Italijos CK 1 ir kt. str.). Atvirkščiai, bendroji dalis orientuojama į tai, kad iš anksto bendra forma visiems laikams būtų sureguliuoti tam tikri elementarūs teisės institutai, kuriuos teisininkas vienodai lygiai naudoja tiek prievolinėje teisėje, tiek ir daiktinėje, paveldėjimo arba šeimos teisėje, netgi visoje privatinėje teisėje, tarsi, kaip taikliai pasakė Gustavas Boehmeris, „išdėsto juos vienoje vietoje kodekso pradžioje". Taip buvo galvojama padidinti loginį kodekso vientisumą ir vidinę ekonomiją, išvengti apsunkinančių pasikartojimų. Bendrosios dalies teisės institutus išplėtojo ne patys kodekso kūrėjai; jie perėmė juos iš XIX šimtmečio pandektinio mokslo, kuris šiuos institutus išgrynino iš prak-

tinės teisinės medžiagos varginančiame ir sunkiame doktrinieriškame apibendrinimo procese. Čia randame bendrų nuostatų apie „fizinius asmenis" (teisnumas, pilnametystė, teisė į vardą), gyvenamąją vietą ir apie „juridinius asmenis", po to detalų baigtinį sąjungų ir fondų teisės reguliavimą, kuris iš esmės netinka į „bendrąją dalį", toliau – kai kurios sąvokos iš daiktinės teisės ir galiausiai – bendros normos apie „sandorius" ir apie senatį. Kad kai kurie iš šių institutų pateko į bendrąją dalį, galima aiškinti perdėtu abstrahavimu; ypač nuostatų apie „fizinius asmenis" (1 ir kt str.) ir apie „daiktus" (90 ir kt. str.) atveju kyla klausimas, kodėl jos nėra priskirtos šeimos arba daiktinei teisei. Ir „sandorio" termino atveju kalbama apie institutą, kuris yra pernelyg abstrahuotas. Būtent vokiečių teisinė doktrina „sandoriu" laiko ne tik įprastinę prievolinę pirkimo ir pardavimo arba nuomos sutartį, tačiau ir vadinamąjį „daiktinį susitarimą", taigi ypatingą susitarimą, kuris pagal vokiečių teisę turi egzistuoti tarp šalių, jeigu daiktinė teisė turi būti perleista arba ją reikia pagrįsti svetimu daiktu. „Sandoris" taip pat yra „šeimos" sutartis, kaip, pavyzdžiui, įvaikinimo sutartis arba susitarimas sudaryti santuoką, kurį sužadėtiniai pareiškia civilinės įstaigos tarnautojui per sužadėtuves. „Sandoris" yra ir testamentas, sutarties nutraukimas arba apskundimas, taip pat akcinės bendrovės visuotinio akcininkų susirinkimo nutarimas dėl pritarimo padidinti kapitalą. Nors „sandorio" sąvoka teisiškai apima įvairius svarbius įvairios kilmės ir reikšmės pareiškimus, Civilinis kodeksas nustato suklydimo, apgaulės arba grasinimo, atstovavimo, sąlygos ir t.t. bendras normas ir kartu užsispyrusiai teigia, jog jos yra taikytinos *visiems* sandoriams, nepriklausomai nuo jų tipo. Tai, kad užsimota per daug ir sukurtas neišsenkantis kontroversijų dėl bendrųjų normų taikymo apimties šaltinis, yra akivaizdu. Tačiau iš esmės kodekso kūrėjai, formuluodami 116 straipsnį, mąstė tik apie įprastinę prievolinę sutartį ir todėl minėtos nuostatos tinka tik *šiam* sandorio tipui. Todėl pirmenybės nusipelno įstatymo nuostata, kuri normas dėl apskundimo, suklydimo, apgaulės arba grasinimo įtakos nukreipia į išaiškinimą *sutarčių teisėje* ir, jei jos tinka, teisėjui nurodo atitinkamai taikyti šias normas ir kitiems pareiškimams, aktams arba teisiniams santykiams (Šveicarijos CK 7 str., Italijos CK 1324 str., Austrijos CK 876 str). Be abejo, praktiniam teisės taikymui visai nesvarbu, kokioje įstatymo vietoje yra įtvirtinta gyvenamosios vietos sąvoka, išdėstytas atstovavimo institutas arba nustatytos apskundimo dėl piktavališkos apgaulės sąlygos, nes patyręs teisėjas arba advokatas reikiamus straipsnius randa (panaudojant komentarus ir teismų praktiką konkrečiu klausimu) neatsižvelgdamas į vidinį sisteminės vietos „teisingumą". Tačiau faktas, jog bendrosios dalies abstrakti terminų matematika pirmiausia pradedantįjį, bet kartais ir praktiką, gali suvilioti prielaida, jog tam, kad teisingai išspręstum gyvenimišką problemą, yra svarbiau išmokti ją abstrakčiai ir sistemingai išdėstyti, o ne konkrečiai ir vaizdingai suvokti.

Palyginkime iš vokiečių diskusijos apie bendrosios dalies privalumus ir trūkumus *Wieacker*, ten pat, p. 486 ir kt.; *A.B. Schwarz*, Das Schweiz ZGB, ten pat, p. 25; *Boehmer*, ten pat, p. 68; *Koschaker*, Europa und das römische Recht (1953) p. 279 ir kt.; visi su kitomis nuorodomis į literatūrą. Palyginkime iš užsienio kritišką Švedijos teisininkų balsą: Folke Schmidt, *The German Abstract Approach to Law, Comments on the System of the Bürgerliches Gesetzbuch*, Scand. Stud. L. 9 (1965) p. 131.

Be abejo, teisinga, jog niekas užsienyje neturėjo tokios reklaminės galios išplėtoti „bendrąsias dalis" kaip vokiečių pandektinio mokslo pastangos ir iš šių pastangų išaugusi civi-

linio kodekso bendroji dalis. Kiek šie mokymai paveikė *Italijos* teisės mokslą, jau minėjome (plg. 8 str. IV); apie jos reikšmę *Austrijos* ir *Šveicarijos* doktrinoms dar bus kalbama. *Prancūzijoje* bendrosios dalies dogmatika padarė stiprų poveikį pirmiausia Raymondo Saleilleso lyginamosios teisės pionieriaus dėka, kuris abiem savo veikalais apie Vokietijos civilinio kodekso bendrąją dalį ir apie valios išraiškos mokymą paveikė doktriną Prancūzijoje ir prisidėjo prie to, jog šiandien visi prancūzų civilinės teisės vadovėliai išsilaisvino nuo Prancūzijos CK teisinės struktūros ir pristato „bendrąsias dalis", kaip yra ir atitinkamuose vokiečių darbuose. *Anglijoje* pandektinio mokslo doktrinos sulaukė tik menko atgarsio. Tai nestebina šalyje, kurioje romėnų institutai ir mąstymo formos buvo priimti tik kai kuriose srityse ir kurioje teisininkai sėkmingai gynėsi nuo kiekvienos gilesnės sisteminės teisės racionalizacijos, nors tai būtų vien tik todėl, kad teisei išsaugotų okulto aureolę ir užtikrintų jos techninio įvaldymo monopolį. Siauram teisės profesorių ratui vokiečių doktrina, be abejo, padarė didelį įspūdį. Čia pirmiausia reikėtų paminėti Johną Austiną (1790–1859), kuris vertinamas kaip *jurisprudence* kūrėjas – disciplinos, kurią mes pavadintume „Bendruoju teisės mokslu". Po išsamių kontinentinės teisės ir jos teorinių pagrindų studijų jis pareiškė, jog jei anglų teisininkas, norėdamas studijuoti teisę, patenka į kontinentą, tai jis *escape(s) from the empire of chaos and darkness to a world that seems by comparison the region of order and light* (Lectures of jurisprudence [1885], 58). Tačiau ir kai kurie kiti angloamerikiečių teisės šeimos teisininkai, pavyzdžiui, Hollandas, Salmondas, Ansonas, Pollockas bei Maitlandas buvo susipažinę su vokiečių pandektiniu mokslu ir vadovėliuose apie *jurisprudence* bei *law of contract* naudojo jų sisteminius pažinimo rezultatus. Kaip labai šie anglų teisininkai vertino intelektinius vokiečių pandektinio mokslo laimėjimus, galima suprasti iš to, kad įsigaliojus civiliniam kodeksui Maitlandas jį pavadino *the best code that the world has yet seen „bezeichnet hat": never, I should think, has so much first – rate brain power been put into an act of legislation.*

Palyginkime „Vokiečių civilistikos įtaką pasaulyje" su to paties pavadinimo Andreas B. Schwarzo, ten pat, p. 471 veikalu, kurie taip pat naudojo Maitlando citatas. *Brazilijos* ir *Portugalijos* kodifikacijos su kai kuriais nukrypimais perėmė Vokietijos civilinio kodekso bendrąją dalį; tinka ir *Graikijos* bei *Japonijos* civiliniams kodeksams (plg. 11 str. IV, 21 III), taip pat naujasis *Olandijos* civilinis kodeksas gerokai pasekė vokiečių modeliu. *Prancūzijoje* po Antrojo pasaulinio karo pradėtų (tačiau vėliau nutrūkusių) svarstymų apie civilinio kodekso reformą metu rimtai aiškintasi dėl klausimo, ar būsimam kodeksui nereikėtų įvesti *Livre préliminaire* ir čia mažų mažiausiai išdėstyti normas apie *acte juridique;* palyginkime šiuo klausimu *Travaux de la Commission de réforme du Code civil* (1945–1946) 97 ir kt. ir (1946–1947) 229 ir kt.; toliau *Travaux de l'Association Henri Capitant I* (1945) 73 ir kt. Galiausiai buvo susitarta sukurti *Livre préliminaire*, tačiau ten iš esmės nustatyti tik Tarptautinės privatinės ir intertemporalinės privatinės teisės reguliavimą; mokymą apie sandorius norėta išlaikyti ypatingoje IV knygoje *(des actes et des faits juridiques)*, kuri turėjo būti po pirmųjų trijų knygų apie asmenų, paveldėjimo ir daiktinę teisę; palyginkime šiuo klausimu Julliot de Morrandiere, atspausdinta *Avant - projet du Code civil* (leidėjas: Ministre de la Justice, 1955), 25 ir kt. – *Šveicarija* ir *Italija* bendrosios dalies, be abejo, neperėmė. Palyginkime apie visa tai Ionescu, *Le problčme de la partie introductive du code civil*, Rev. int. dr. comp. 19 (1967) 579.

III.

Jeigu tik prisimintume, kad civilinis kodeksas yra pažymėtas pilietinio liberalaus amžiaus teisinio mąstymo ir todėl, anot Radbrucho, buvo „daugiau XIX šimtmečio pabaigos, o ne XX šimtmečio pradžios produktas“, norisi klausti, kaip atsitiko, kad be esminių pertvarkymų kodeksas ištvėrė naujesniosios Vokietijos istorijos politines, ekonomines ir socialines krizes bei perversmus, tarp kurių hitleriniu laikotarpiu buvo visiškos teisinio gyvenimo perversijos periodas. Čia turime apsiriboti kai kuriomis užuominomis apie sutarčių, deliktinės ir šeimos teisės raidą.

Sutarčių sudarymo teisėje vienareikšmiškai persveria pilietinė sutarties šalių formalios laisvės ir lygybės idėja. Teisinė jos išraiška yra sutarčių laisvės ir sąžiningo sutarčių vykdymo principas: pagal jį kiekvienas: samdomas darbininkas ar įmonininkas, vartotojas ar gamintojas turi teisę laisvai, savo atsakomybe sudaryti iš esmės bet kokio turinio sutartis; kita vertus, kiekvienu atveju taip sudarytų sutarčių reikia laikytis, nes jos remiasi galinčių priimti sprendimą ir protingų sutarčių šalių laisvu sprendimu. Tik kukliuose prieduose yra įtvirtinta normų, kurios nukreiptos į apsaugą to, kuriam sutarčių laisvė yra bevertė, nes jis ekonomiškai arba dėl kitų priežasčių yra priklausomas nuo kitos sutarties šalies: taip pagal Vokietijos CK 138 straipsnį sutartys yra niekinės, jei jos prieštarauja geriems papročiams arba jei viena sutarties šalis išnaudoja kitai sutarties šaliai susiklosčiusias nepalankias aplinkybes, nepatyrimą arba lengvabūdiškumą. Teisėjas gali sumažinti ir neteisingai dideles sutartines netesybas (Vokietijos CK 343 str.). Ir priešingai, beveik visiškai nenumatyta socialinės nuomininkų apsaugos; tik skyriuje apie paslaugų sutartį yra kai kurių normų, kurios „klientą“ įpareigoja rūpintis darbo vietos sauga ir paslaugas teikiantiems amenims tam tikrose ribose, taip pat jų ligos atveju mokėti atlyginimą.

Paaiškėjo, kad šių „socialistinės alyvos lašų“ *(V. Gierk)* nepakanka. XIX šimtmečio buržuazinės valstybės perėjimas į mūsų laikmečio socialinę valstybę įstatymų leidėją ir teisėją paskatino sušvelninti ir apriboti liberalius buržuazinės sutarčių teisės principus ten, kur šie principai asmeniui suteikia tokią teisinę galią, kurios panaudojimas grėstų elementarioms žmogiškosios egzistencijos sąlygoms, kurias savo piliečiams turi garantuoti teisinė-socialinė valstybė. Šiam socialiniam etniniam individualios teisinės galios realizavimui nesusietos viena su kita Civilinio kodekso normos nesuteikė jokio tinkamo atramos taško; šioje vietoje *šalia* kodekso išsirutuliojo svarbios naujos teisės šakos ir institutai: konkurencijos ir kartelių, gyvenamųjų namų statybos teisė, nuomos teisė, žemės nuomos teisė ir ypač – darbo teisė. Civilinio kodekso kūrėjai dar nematė didelės nesavarankiško samdomo darbo teisinio įtvirtinimo problemos; policinei valstybei būdingą darbininkų atžvilgiu priešišką nusistatymą jie įrodė tuo, jog profsąjungas sąmoningai įspraudė į visiškai nepakankamą „teisnumo neturinčios sąjungos“ formą, o tai vedė prie to, jog profsąjungos savo vardu negalėjo vesti proceso (palyginkime šiuo klausimu BGHZ 42, 210; 50, 325). Išleisdamas nuostatas dėl apsaugos darbo sutarties nutraukimo atveju, profsąjungos ar jos organo sutikimą bei kolektyvinę sutartį *įstatymų leidėjas* ne tik iš esmės pakeitė situacija, bet ir *teismų praktika*, nors neturėdamas specialios įstatyminės bazės, darbuotojui nustatė bendrą ištikimybės pareigą, o darbdaviui – bendras rūpinimosi darbuotojais ir jų lygybės prieš darbdavį užtikrinimo pareigas. Remiantis šiais principais šiandien yra sprendžiami įvairūs konkretūs klausimai, kylantys realizuojant darbo sutartis. Taip atsirado plačios apimties *darbo teisės šaka*, išsilaisvinusi nuo negausių, skylėtų Ci-

vilinio kodekso nuostatų, kurios buvo socialiai pasenusios jau 1900 metais, o šiandien yra suprantama kaip savarankiška teisės šaka.

Abipusės socialinės atsakomybės pabrėžimas civilinėje sutarčių teisėje paskatino tobulinti labai svarbią teisės šaką. Tokio sutartinių santykių „suetinimo" pagrindas yra garsioji Vokietijos CK 242 straipsnio norma-principas. Šio straipsnio norma iš esmės reiškia, jog kiekvienas turi vykdyti sutartį taip, kaip to, atsižvelgiant į apyvartos teisę, reikalauja sąžiningumo ir teisingumo principas. Tai buvo ta nuostata, kuria, palikta įstatymų leidėjo likimo valiai, rėmėsi teismų praktika, kai dėl ekonomikos suirimo, infliacijos ir revalvacijos po Pirmojo pasaulinio karo, dėl Vokietijos rytinių teritorijų praradimo po Antrojo pasaulinio karo ir valiutos keitimo iškilo didelių ekonominės ir socialinės reikšmės klausimų. Tokie terminai kaip *clausula rebus sic stantibus*, „sandorio pagrindo išnykimas" (plg. 37 str.), „piktnaudžiavimas teise", *venire contra factum proprium*, „netekimas" yra teismų praktikos išplėtoti teisės terminai, kurie savo pirminį individualistinį griežtumą perėmė iš civilinio kodekso sutarčių teisės. Vykdant „Bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų" turinio teisminę kontrolę teismų praktika ilgai rėmėsi Vokietijos civilinio kodekso 242 straipsniu: sandorio sudarymo sąlygos, kuriomis buvo naikinama arba apribojama vienos sutarties šalies atsakomybė, buvo laikomos niekinėmis dėl prieštaravimo sąžiningumo ir teisingumo principui, jei paaiškėdavo, jog jos „apgalvojant tokiuose sandoriuose dalyvaujančiųjų interesus prieštarauja teisingumui" (BGW NJW 1963, 99, 100; apie šiandieninę situaciją plg. 24 str. IV). Taip 242 straipsnio norma-principas įvairiose srityse pasirodė kaip geriausia priemonė prie sutarčių teisės pritaikyti pakitusias visuomenės socialines ir etines pažiūras. Kad ir kokia neišvengiama būtų ši Hedemanno pavadinta „bėgimu į normą-principą" raida, neabejotina yra tai, jog per ją iškyla krypties neturinčios, sulaukėjusios, besiblaškančios teismų praktikos pavojus. Svarbus ir labai atsakingas doktrinos uždavinys yra sutvarkyti kazuistinę įvairovę ir padaryti ją įvaldomą, apžvelgiamą ir pamokomą, iškelti į viešumą ir kritiškai įvertinti teisėjų vertinimus ir rūpintis tuo, kad tikras teisės stabilumas egzistuotų ir ten, kur yra taikomos normos-principai ir jų pagrindu išplėtoti teisės institutai.

Deliktinėje teisėje civilinio kodekso normos dar ir šiandien remiasi atsakomybės už kaltę principu. Tačiau šis principas, kai kalbama apie *nelaimingu atsitikimu* padarytos žalos atlyginimą, įstatymų leidėjo ir teismų praktikos yra smarkiai susilpnintas. Didelių nelaimingų atsitikimų atvejais, kaip nelaimingų atsitikimų darbe, geležinkelio, kelių eismo, oro susisiekimo, nelaimingų atsitikimų naudojant elektros, dujų ir branduolinės energijos įrenginius, egzistuoja specialūs įstatymai, kurie nelaimingo atsitikimo aukai garantuoja žalos atlyginimą nereikalaujant įrodyti žalą padariusio asmens kaltę. Be to, padidėjęs plačių gyventojų sluoksnių poreikis apsaugai nuo skurdo ir socialinio nuosmukio, kaip nelaimingo atsitikimo pasekmių, taip pat vedė prie atsakomybės už kaltę principo pokyčių: čia teismų praktika kai kuriais būdais – drastišku rūpinimosi pareigos sugriežtinimu, *prima-facie* įrodymu arba net atviru įrodinėjimo pareigos apgręžimu, Vokietijos CK 831 straipsnio sabotažu (plg. šiuo klausimu 41 str. II) – smarkiai pagerino nukentėjusiojo dėl nelaimingo atsitikimo teisines pozicijas, ir tai padarė taip, jog praktiškai neliko skirtumo tarp atsakomybės už kaltę ir atsakomybės už riziką. Ši raida iš esmės paskatinta to, jog esant šiandieniniams santykiams žalą padariusio asmens pareiga atlyginti žalą yra ne tokia griežta, nes *draudimo* forma yra sukurtas atskiros padarytos žalos padalijimo didesnei bendruomenei mechanizmas, kuriuo piliečiai šiandien naudojasi vis plačiau arba netgi (įstatyminės pareigos pagrindu) privalo juo naudotis. Atsakomy-

bės už kaltę principas iki šiol neribotai galioja ten, kur yra kalbama ne apie nelaimingu atsitikimu padarytą žalą, o apie kitokią materialinę ir moralinę žalą. Šioje vietoje teismų praktika nuo tyčinių ir neatsargių pažeidimų pamažu apsaugojo ir tokius interesus, kurie pagal Vokietijos civilinio kodekso kūrėjų mąstymą nenusipelnė tokios apsaugos: būtų paminėta asmens neturtinių teisių apsauga ir vadinamoji „teisė į organizuotą ir praktikuojantį verslą" (plg. išsamiai 40 str. II, 43 II).

Civilinio kodekso *šeimos teisė* iš pradžių irgi turėjo buržuazinio laikotarpio konservatyvių patriarchalinių bruožų. Santuokinių reikalų sprendimas ir visa tėvų valdžia buvo perduota vien tik vyrui. Šeimos turtinėje teisėje buvo vadovaujamasi mąstymu, jog vedybomis sutuoktiniai į santuoką įneša procentus duodantį turtą, kurį valdo vyras, kaip tai buvo įprasta karininkų ar valdininkų santuokoje. Santuokos nutraukimo teisė ir nesantuokinių vaikų teisinės padėties teisė buvo veikiama krikščioniškosios moralės. Taip civilinis kodeksas santuokos nutraukimo galimybę iš pradžių numatė tik tuo atveju, jei buvo galima įrodyti santuokos ardymu apkaltinto sutuoktinio *kaltę* arba kai jis susirgdavo psichine liga. Nesantuokinių vaikų teisinė padėtis santuokinių vaikų atžvilgiu buvo sąmoningai pabloginta, nes buvo bijoma, kad taip būtų legalizuotas kitais atvejais teisiškai nepalaikomas nesantuokinis lyčių bendravimas ir būtų prisidėta prie amoralumo bei teisiškai neįformintų santuokų atsiradimo. Todėl nesantuokinis vaikas teisine prasme nebuvo laikomas savo tėvo giminaičiu ir turėjo tik teisę į alimentus, kurių dydis būdavo nustatomas pagal *motinos* padėtį ir baigdavosi sukakus šešiolikai metų.

Šeimos teisę prie pakitusių socialinių ir ekonominių santykių iš esmės pritaikė įstatymų leidėjas, kuris šioje vietoje padarė vienintelius iš tiesų sunkinančius civilinio kodekso struktūros pakeitimus. Po Antrojo pasaulinio karo priėmus Konstituciją reformų darbai gavo ypatingą impulsą, nes Konstitucijoje nustatyta, kad vyrai ir moterys yra lygūs ir kad visa šiam principui prieštaraujanti kontinentinė teisė nuo 1953 metų kovo 31 dienos praranda teisinę galią (plg. Konstitucijos 3 str. 2 d., 117 str.). Tačiau įstatymų leidėjas neišnaudojo termino, todėl po šio termino atsiradusios teisės spragos iš pradžių turėjo būti užpildytos teisėjų kuriama teise. Tik 1957 metais (taigi ketverius metus pavėlavus) įsigaliojo *Vyro ir moters lygiateisiškumo įstatymas*, kuris atnešė svarbių, iš dalies teismų praktikoje jau anksčiau priimtų, kontinentinės teisės pakeitimų. Šeimos turtinėje teisėje, kaip įstatyminis turtinių santykių režimas, buvo įgyvendintas sutuoktinių turto atskyrimas. Jis modifikuotas tuo, jog sutuoktinių per santuoką įgytas turto priaugis yra išlyginamas. Tai vyksta taip: jei santuoka nutraukiama dėl *skyrybų*, bendras santuokos metu įgytas turtas padalijamas perpus, o jei santuoka nutrūksta dėl vieno iš sutuoktinių *mirties*, likusio gyvo sutuoktinio įstatyminė paveldėjimo teisė schematiškai padidėja (vadinamasis „bendrai įgyto turto" režimas). Dėl tėvų valdžios *(elterliche Gewalt)* vykdymo, o nuo 1979 metų tai reiškia tėvų priežiūrą *(elterliche Sorge)* ir ypač dėl įstatyminio vaikų atstovavimo, lygiateisiškumo įstatymo kūrėjai vis dar laikėsi vyro pirmenybės, tačiau Federalinis Konstitucinis Teismas konstatavo, jog toks įstatyminis reguliavimas prieštarauja Konstitucijos 3 straipsniui ir todėl yra niekinis (BVerfG NJW 1959, 1483). *Nesantuokinių vaikų* teisinė padėtis, vykdant Konstitucijos įsakmiai nustatytą pavedimą (plg. 6 str. 5 d.), 1970 metais įsigaliojusiu įstatymu iš esmės patobulinta. Santuokos nutraukimo prielaidos ir pasekmės yra naujai išdėstytos 1976 metų įstatyme, kuriame atsisakyta kaltės principo ir remiamasi suirimo principu, pagal kurį santuoka yra laikoma nutrauktina, „kai ji yra suirusi" (Vokietijos CK 1565 str.). Taip pat santuokos nutraukimo *pasekmės*, ypač teisė gauti materialinę paramą, iš esmės nebepriklauso nuo sutuoktinių kaltės. Įstatyme apie reformos įvykdymą yra

svarbi naujovė, nagrinėjanti nuostatas apie socialinio aprūpinimo sureguliavimą: pagal įstatymą tas sutuoktinis, kuris santuokos metu įgijo teisę į didesnes socialinio arba pensinio aprūpinimo kvotas nei kitas, pusę skirtumo turi atiduoti kitam sutuoktiniui; tai įvyksta kitam sutuoktiniui padidinus kvotas (atitinkamai sumažinant pirmojo sutuoktinio kvotas). Teisinė pasekmė yra ta, jog privilegijuotasis sutuoktinis, atsiradus socialinio arba pensinio aprūpinimo mokėjimą nulemiančiai aplinkybei, įgyja teisių prieš socialinio ar pensinio aprūpinimo mokėtoją. Toliau *įvaikinimo teisė* yra pertvarkyta 1976 metų įstatymu, *tėvų priežiūros teisė* – 1979 metų įstatymu. Iš viso šiandien šeimos teisėje nėra nė vieno straipsnio, kuris atrodytų taip pat kaip ir 1900 metais.

Žinoma, nepaisant visų ūkinių ir socialinių pasikeitimų, civilinis kodeksas ir šiandien iš esmės yra toks pat kaip ir prieš 100 metų. Tai, be abejo, iš dalies aiškinama tuo, jog kai kurios ypač greitai besiplėtojančios sritys už civilinio kodekso ribų tapo savarankiškos ir gyvena savo gyvenimą. Vis dėlto kai kurios teisės šakos, ypač šeimos teisė, veikiant *įstatymų leidėjui* buvo smarkiai pakeistos ir modernizuotos. Beje, civilinio kodekso bendros struktūros išlaikymas yra *teismų praktikos* nuopelnas, kuri lygiai taip pat svarbiame kaip ir dažniausiai nepastebimame darbe paveldėtą įstatymo tekstą pritaikė prie naujųjų laikų reikalavimų ir išlaikė jį socialiai gyvybingą. Dėl to šiandien ištisos civilinio kodekso dalys, kaip ir Prancūzijos CK, yra padengtos storu teisėjų sukurtos teisės sluoksniu, jog dažnai galiojančios gyvos teisės neįmanoma numanyti vien tik skaitant kodekso tekstą. Prancūzijoje teisėjai teisę tobulino iš esmės iškilus civilinio kodekso spragoms ir techniniams netobulumams, o Vokietijoje teismų praktika šį darbą atliko remdamasi Vokietijos CK 138, 157, 242, 826 straipsnių normomis-principais. Šios bendrosios normos veikė kaip saugikliai ir užkirto kelią tam, kad civilinis kodeksas savo sustingusia ir preciziška dikcija nebuvo išsprogdintas socialinių perversmų spaudimo.

Tuo tarpu raida, be abejo, pažengė iki tokio taško, kai kyla klausimas, ar ir ateityje bus toleruojama, kad atstumas tarp civilinio kodekso nuostatų ir gyvosios teisės taisyklių vis dar didės. Svarbūs sutarčių tipai ir svarbios atsakomybės sudėtys, turinčios piliečiui didelės praktinės reikšmės, iš viso nėra paminėtos civiliniame kodekse; kiti sutarčių tipai reguliuojami specializuotų įstatymų forma, kurie gresia išnykti iš mokymo ir mokslo horizonto, o teisėjų kuriama teisė daugelyje sričių tapo tokia svarbi, jog įstatyminių nuostatų pagrindą, ant kurio ši teisėjų kuriama teisė buvo statoma, būtų galima ramiai pašalinti, ir tai padarius pastatas nesugriūtų. Todėl Federalinė teisingumo ministerija nagrinėja klausimą, ar iš dalies pakeičiant bei papildant prievolinę teisę civilinį kodeksą būtų galima priartinti prie modernios teismų praktikos. Palyginkime šiuo klausimu atsiliepimus ir pasiūlymus dėl prievolinės teisės reformos, 3 tomai (Leidėjas: Federalinė teisingumo ministerija, 1981–1983). Tuo tarpu viena Federalinės teisingumo ministerijos sudaryta komisija pasiūlė radikaliai modernizuoti civilinio kodekso atsakomybės dėl sutarčių pažeidimo, pirkimo ir pardavimo, rangos sutarčių bei ieškininės senaties nuostatas. Palyginkime prievolinės teisės reformos komisijos baigiamąjį pranešimą (Leidėjas: Federalinė teisingumo ministerija, 1992).

Sovietų Sąjungos galiai žlugus 1989 metais ir po taikios VDR revoliucijos išgriovus vidinę vokiečių sieną, iškilo būtinybė suartinti abiejų vokiečių valstybių teisės sistemas. Iš pradžių, be abejo, buvo manoma, jog šis procesas tęsis daugelį metų. 1990 m. gegužės 18 dienos valstybine sutartimi dėl valiutos, ekonominės ir socialinės sąjungos dideliam skaičiui Va-

karų Vokietijos įstatymų VDR nustatė galiojimą savo teritorijoje. Tačiau tai buvo prekybos ir ekonominės teisės įstatymai, kuriais turėjo būti sukurtos sąlygos kapitalo importui iš Vakarų. Po to greitai vyko politinė raida, ir derybose dėl VDR prisijungimo prie Federacinės Respublikos jau 1990 metų vasarą buvo pripažinta mintis, kad Vakarų Vokietijos teisė ir rytinėje šalies dalyje turinti įsigalioti *in toto*. Be abejo, taip nebuvo. Vis dėlto VDR turėjo 1976 metų modernų civilinį kodeksą, nors jame visur buvo įtvirtinti gilūs samprotavimai apie tai, jog reikią kelti „socialistinę moralę“ ir piliečiai turį augti iki „visapusiškai išsivysčiusios socialistinės asmenybės“. Kita vertus, Rytų Vokietijos civilinis kodeksas pasižymėjo suprantama ir realybei artima kalba, o šeimos teisėje – ypač protingomis normomis. Tačiau geriau įsižiūrėjus paaiškėjo šio kodekso lemiamas trūkumas: jis buvo skirtas teisiniams santykiams reguliuoti tarp privačių asmenų bei tarp privačių asmenų ir valstybei priklausančių įmonių, todėl netiko teisiniams santykiams tarp įmonių laisvos rinkos sąlygomis. Nors iš pradžių buvo galvojama išlaikyti bent jau VDR šeimos ir paveldėjimo teisę ir vėliau pakeisti ją nauju unifikuotu teisiniu reguliavimu, tačiau tai būtų sukėlę būtinybę plėtoti vidinę kolizinę teisę, pagal kurią būtų reikėję spręsti, ar konkrečiu atveju reikia taikyti Vakarų Vokietijos šeimos ir paveldėjimo, ar buvusios Rytų Vokietijos šeimos ir paveldėjimo teisę. Taip galiausiai 1990 m. rugpjūčio 31 d. Vokietijos suvienijimo sutarties 8 straipsniu buvo nustatyta, jog nuo 1990 m. spalio 3 d. iš karto įsigalioja ne tik Vakarų Vokietijos civilinis kodeksas, bet ir visa likusi Vakarų Vokietijos teisė. Tai reikia suprasti, nes kai kurie Rytų Vokietijos piliečiai šiame akte mato išprievartavimo požymių. Tačiau protingos ir praktiškos alternatyvos nebuvo.

IV.

XIX šimtmetį istorinės teisės mokyklos ir pandektinio mokslo įtaka, prasiveržusi virš Vokietijos ir daugelio Europos šalių, ypač Italijos, Prancūzijos, Austrijos bei Anglijos, teisės teorijai davė svarbių impulsų. Kai 1900 metais įsigaliojo civilinis kodeksas, užsienyje buvo galima tikėtis gyvo domėjimosi jau vien todėl, kad įstatymų leidybos praktikoje buvo bandoma įgyvendinti pandektinio mokslo sisteminius ir teisinės terminijos laimėjimus. Nors kodeksas iš visų pusių buvo audringai pripažintas, galbūt labiau nei tada Vokietijoje, jo įtaka iš esmės liko apribota užsienio teisės *teorija* ir teisės *dogmatika*. *Praktinės* civilinio kodekso recepcijos beveik nebuvo, bet kuriuo atveju ji buvo kur kas siauresnė nei prieš 100 metų priėmus Prancūzijos CK. Priežastis buvo ta, jog kodekso išdailintas sistemiškumas ir abstrakti teisinė terminija buvo suvokiami kaip tipiški vokiečių aukšto mokslinio lygio produktai, ir, nepaisant jo techninių savybių, buvo sunku tikėtis, jog svetimoje teisės sistemoje jis tinkamai įleis šaknis. Tačiau lemiamas buvo tas faktas, jog bėgant XIX šimtmečiui labiau išsivysčiusios pasaulio valstybės, jei tik jos nepriklausė bendrosios teisės šeimai, jau buvo atlikusios civilinės teisės kodifikaciją ir todėl didesnis užsienio pavyzdžių recepcijos poreikis buvo retas.

Vis dėlto Vokietijos civilinis kodeksas pirmaisiais dešimtmečiais po įsigaliojimo padarė didelę įtaką kai kuriose, toli viena nuo kitos nutolusiose, pasaulio vietose, kuri politinės raidos, be abejo, buvo labai susilpninta arba ir visai išnyko. *Tolimuosiuose Rytuose Siame* ir *Kinijoje* 1925–1935 metais įsigaliojo civiliniai kodeksai, kurie, išskyrus šeimos ir paveldėjimo teises, rėmėsi Vokietijos teise (plg. Arminjon/Nolde/Wolff, *Traité de droit comparé II* [1950] p. 427 ir kt.). *Japonija* jau

šimtmečių sandūroje plačiai receptavo Vokietijos civilinį kodeksą ir Civilinio proceso kodeksą (plg. šiuo klausimu 21 str.). Kita įtakos sritis anksčiau buvo *Rytų* ir *Pietų Europoje*. *Vengrijoje* teismų praktika po to, kai šalis 1861 metais įgavo tam tikro savarankiškumo Austrijos-Vengrijos valstybiniame junginyje ir buvo panaikintas Austrijos civilinio kodekso galiojimas, rėmėsi senąja vengrų paprotine teise, Austrijos teisės principais ir vis plačiau įsigaliojančia Vokietijos teise, iš kurios perėmė daugelį prekybos ir civilinių-procesinių įstatymų. Dauguma niekada neįsigaliojusių Vengrijos civilinio kodekso projektų, kuriuos Vengrijos teismų praktika nagrinėjo beveik kaip įstatymus, rėmėsi Vokietijos teise (plg. *Heymann*, Das ungarische Privatrecht und der Reschtsausgleich in Ungarn [1917]; *Eörsi*, Richterrecht und Gesetzesrecht in Ungarn, RabelsZ 30 [1966] 117). Vokietijos teisės įtaka neabejotina ir *Baltijos* valstybėse. 1918 metais įsteigtoms *Čekoslovakijos* ir *Jugoslavijos* valstybėms pagrindinę įtaką darė Austrijos teisė, tačiau vėlesnėje įstatymų leidyboje ir rengiant civilinių kodeksų projektus atsižvelgta į Vokietijos teisę (plg. *Korkisch*, Das Privatrecht Ost-Mitteleuropas in rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 23 [1958], 201). Tačiau *Lenkija* ir *Rumunija* tuomet priklausė romanų teisės šeimai (plg. *Constantinescu*, Travaux de la Semaine internationale de Droit 1950 [1954], 664). Pasibaigus Antrajam pasauliniam karui beveik visose šiose šalyse įsigaliojo nauji kodeksai, kurie turėjo atsižvelgti į pakitusią politinę situaciją (palyginkime šiuo klausimu pirmesniojo leidimo 24 str. IV). Šiandien visur būtina formuoti plačios apimties naują teisės sistemą. Galbūt būtų geriau, jei Rytų Europos valstybės susitartų imtis bendrų priemonių ir bent prievolinėje teisėje nustatytų unifikuotą, Vakarų Europos pavyzdžiu besiremiantį teisinį reguliavimą. Tačiau realus šansas, atsižvelgiant į atgimusią nacionalinę savimonę, niekur neegzistavo. Todėl šiandien kiekviena šalis ieško savojo kelio ir kartais remiasi Vokietijos bei Šveicarijos teise, kartais nauju Olandijos civiliniu kodeksu arba Tarptautinės prekybos teisės konvencija, jei kalbama apie prekybos ir ekonominių įstatymų leidybą, pagal aplinkybes orientuojantis ir į *Common Law* (bendrosios teisės) modelius.

Ypač didelės reikšmės vokiečių pandektinis mokslas ir civilinis kodeksas turėjo *Graikijos* civilinės teisės kodifikacijai. Pirmieji Graikijos civilinio kodekso sukūrimo planai atsirado jau išsivaduojamųjų karų, per kuriuos 1821–1827 metais graikų tauta išsivadavo iš Turkijos viešpatavimo, metu. Tačiau ilgą laiką buvo neaišku, kuo remiantis turėtų būti sukurtas toks kodeksas. Kadangi graikų išsivaduojamasis judėjimas iš esmės vadovavosi Prancūzų revoliucijos idėjiniu pasauliu, daugelis reikalavo pripažinti Prancūzijos civilinio kodekso perėmimą. Ir priešingai, kiti norėjo Graikijoje galiojančios romėnų bizantiškosios teisės kodifikacijos, kuri Graikijoje buvo taikoma beveik 400 turkų viešpatavimo metų, ypač 1345 metų Harmenopoulos privataus įstatymų rinkinio forma. XIX a. pastaroji kryptis laimėjo. Tačiau vis labiau buvo krypstama į romėnų teisę ta forma, kokia ji buvo *Corpus Iuris* ir ypač perdirbta vokiečių pandektinio mokslo, atsisakant po Justiniano praėjusiais šimtmečiais Bizantijos imperatorių padarytų pakeitimų ir papildymų. Kontaktai su Vokietija buvo užmegzti jau 1835-aisiais tuo, kad Wittelsbacho princas Ottas tapo Graikijos karaliumi ir kartu su savimi atsivežė teisinių patarėjų grupę (tarp jų svarbiausias buvo Miuncheno profesorius v. Maureris), kurie, prisidėję prie procesinių įstatymų ir baudžiamųjų įstatymų leidybos, besivystančiai šaliai suteikė vertingos teisinės pagalbos. Šie ryšiai su Vokietija vedė prie to, jog antrojoje XIX šimtmečio pusėje *vokiečių* ir Vokietijoje išsilavinę *graikų* profesoriai Atėnų universitete skaitė pandektinės teisės paskaitas, rašė vadovėlius ir tuo prisidėjo, kad graikams istoriškai žinoma romėnų teisė įsitvirtino pandektinėje jos formoje. Kai 1930 metais po daugelio nepavykusių bandymų civilinio kodekso kūrimo darbai įžengė į galutinę sta-

diją, buvo savaime suprantama, jog pirmiausia orientuojamasi į Vokietijos kodifikaciją, nes ji buvo artimiausia romėnų teisei. 1940 metais Graikijos civilinis kodeksas buvo paskelbtas, tačiau Graikija buvo įpainiota į Antrąjį pasaulinį karą ir Vokietijos kariuomenė okupavo šią šalį, todėl kodeksas įsigaliojo tik 1946 m. vasario 23 dieną.

Išorinis kodekso suskirstymas sutampa su Vokietijos. Po bendrosios dalies yra prievolinė, daiktinė, šeimos ir paveldėjimo teisė. Ir turinio atžvilgiu kodeksas daugiausia remiasi Vokietijos kodifikacija. Kartu jame atsižvelgiama į naujesnę praktiką Vokietijoje, jei ji civiliniame kodekse užpildo teisės spragas arba tobulina jo normas. Šalia to daug bendrumų randama su Šveicarijos teise; mažiau panaudojamas Prancūzijos civilinis kodeksas ir Italijos įstatymų leidybos teisinis reguliavimas. Savo kalbos ir teisinių terminų technika kodeksas eina vidurio keliu tarp Vokietijos ir Šveicarijos kodifikacijų, išsilaisvinęs nuo Vokietijos CK išdailintos sistematikos ir abstrakčios didaktikos, tačiau nepasiekęs Šveicarijos kodeksui būdingo liaudiškumo ir vaizdingumo.

Palyginkime Graikijos civilinio kodekso atsiradimo istoriją ir jo turinį *Macris*, Die Grundgedanken für die Ausarbeitung des Entwurfs eines griechischen Zivilgesetzbuchs, RabelsZ 9 (1935) 586; *Gogos*, Das griechische Buergerliche Gesetzbuch vom 15.031940, AcP 149 (1944) 78; *Zepos*, The New Greek Civil code of 1946, J.Comp.Leg. 28 (1946) 56; *to paties autoriaus*, Der Einfluss des schweizerischen Privatrechts auf das griechische Zivilgesetzbuch, SJZ 1960, 358; *Maridakis*, La tradition europeenne et le Code civil helenique, atspausdinta: L 'Europa e il diritto romano, studi in memoria di Paolo Koschaker II (1954) 157; *Plagianakos*, Die Entstehung des Griechischen Zivilgestzbuches (1963); *Sontis*, Das griechische Zivilgesetzbuch im Rahmen der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, SavZ / Rom. 78 (1961) 355; *Kerameus/Kozyris* (leidėjas), Introduction to Greek Law (1988) Chapter 4.

12. AUSTRIJOS CIVILINIS KODEKSAS

Ebert, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Ein Beitrag zur Zeit des späten Naturrechts in Österreich, SavZ/Germ. 85 (1968) 104; *Armin Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I 1 (1951) 17 ir kt.; *Gschnitzer*, Hundertfünfzig Jahre Allgemeines Bürgerrechtliches Gesetzbuch, JBL. 1962, 405; *von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I (1883); *Klang*, Der Oberste Gerichtshof und die Entwicklung des bürgerlichen Rechts, veikale: Festschrift zur Hundertjahrfeir des österreichischen Obersten Gerichtshofes (1950) 80; *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I 1 (1964); *Franz Klein*, Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, veikale: Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1911) 1; *Klein-Brückschwaiger*, 150 Jahre österreichisches ABGB, JZ 1963, 739; *Korkisch*, Die Entstehung des österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, RabelsZ 18 (1953) 263; *von Mayr*, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle, Einst und jetzt, veikale: Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1911) 379; *Ogris*, Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert (1968); *to paties autoriaus*, Zur Geschichte und Bedeutung des österreichischen ABGB, Liber memorialis François Laurent (1989) 373; *Pfaff/Hofmann*, Excurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht I (1878); von Schey, Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Vortrag

aus Anlass der Jahrhundertfeier (1911); *Steinwenter*, Der Einfluss des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Österreich, veikale: L'Europa e il dirrito romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker I (1954) 403; *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I5 (1892), *Weiss*, Hundertvierzig Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JNl. 1951, 249; *Wellspacher*, Das Naturrecht und das ABGB, veikale: Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1911) 173; *von Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie I-VI (1811–1813).

I.

Didžiosioms kodifikacijoms, kurios Europoje įsigaliojo XVIII ir XIX šimtmečių sandūroje, šalia Prūsijos žemės teisės ir Prancūzijos CK priklauso ir 1811 metų *Austrijos civilinis kodeksas*. Ir šio kodekso intelektinis pagrindas yra šviečiamosios epochos kodifikacijos idėja, vėliau Savigny taip aštriai pultas mąstymas, jog paveldėta, daugelyje vietų sustabarėjusi ir senamadė, suskaldyta ir neapžvelgiamos apimties teisė galinti būti pakeista sąmoningai suplanuotu, racionaliai ir aiškiai išdėstytu, valstybės autoritetu paremtu įstatymų leidybos kūriniu. Iš trijų didžiųjų prigimtinės teisės kodifikacijų Austrijos kodeksas šalia Prūsijos ir Prancūzijos kodifikacijų patraukė savitu ir specifiniu pobūdžiu.

Šio kodekso parengiamieji darbai prasideda jau XVIII šimtmečio viduryje. Tuo metu karalienė Marija Teresė giliomis valdymo reformomis paveldėtą kraštą siekia paversti modernia valstybe. Didelė kliūtis šiame kelyje buvo kai kurių Austrijos monarchijos dalių teisės sistemų įvairovė ir painumas. Todėl 1753 metais karalienė vienai komisijai pavedė parengti civilinį kodeksą; be to, ji nurodė,

> kad rengdama kodeksą komisija apsiribotų išimtinai privatine teise, kaip galima labiau išsaugotų *įprastinę* teisę, ir, kiek tai leidžia esami santykiai, tarpusavyje suderintų provincijų teisę, kartu panaudotų *bendrąją teisę* ir jos geriausius *aiškintojus*, kitų *valstybių įstatymus*, o darydama pataisymus bei papildymus, nuolat atsižvelgtų į *prigimtinę teisę* (cituota pagal *Zeiller*, ten pat, I p. 7 ir kt.).

Šis karalienės nurodymas išaiškina, jog planuojamas kodeksas, kitaip nei Prūsijos žemės teisės atveju, turėjo apsiriboti *bendrąja* civiline teise ir palikti nuošalėje tam tikrų asmenų grupių arba luomų teisę, taip pat visą valstybinę, bažnytinę, lenų, policijos, baudžiamąją teisę bei kitokią „politinę teisę“. Kita vertus, yra aišku, kokia teisė turėjo sudaryti būsimąją kodifikaciją: įvairi partikuliarinė provincijų teisė, romėnų teisė (*usus modernus pandectarum* forma) ir galiausiai – prigimtinė teisė.

1766 metais komisija pateikė pirmąjį projektą, kuris, pavadintas Teresės kodeksu *(Codex Theresianus),* netrukus buvo apsvarstytas Austrijos valstybės taryboje. Nusvėrė kritika: projektas buvo įvertintas kaip per didelės apimties, pernelyg vadovėlinio pobūdžio, manyta, jog tam, kad būtų įmanoma suprasti projektą, reikia žinoti romėnų teisę, nes jis per daug yra ja pagrįstas. Karalienė prisidėjo prie Valstybės tarybos valios ir 1772 metais įsakė projektą perdaryti. Šis perdarymas turėjo būti atliktas vadovaujantis šiais principais:

1. Kodeksas ir vadovėlis neturi būti suplakami, tad iš kodekso turi būti išleista visa tai, kas priklauso padaryti ne įstatymų leidėjui, o *ad cathedram* kaip definicijos, struktūrinis suskirstymas ir pan. 2. Viskas turi būti suformuluota kuo trumpiau, kad nebūtų neaiškumų... ir *casus rariores* turi būti išvengta arba jis išdėstytas bendrais teiginiais. 3. Visų dviprasmybių ir neaiškumų būtina rūpestingai vengti. Aiškumo atžvilgiu reikia laikytis saiko, ir šia dingstimi nesileisti nei į nenaudingus pakartojimus, nei į paaiškinimus visur ten, kur protingam žmogui ir be to negali būti jokios abejonės. 4. Pačiuose įstatymuose turi būti remiamasi ne romėnų teise, o prigimtiniu teisingumu..." (cituota pagal *Harrasowsky*, ten pat, p. 11 ir kt.).

Pateikiant Prūsijos žemės teisės projektą panašią kodekso kritiką išsakė ir Frydrichas II: „Jis yra labai storas, o įstatymai turi būti trumpi ir nedetalūs." Į šią kritiką atsižvelgė tik Austrijos kodekso kūrėjai. Turtinė teisė, kurios buvo imtasi pirmiausia, nuo 1500 straipsnių buvo sutrumpinta iki 300 ir kaizerio Josefo II pastangomis 1787 metais įsigaliojo kaip „Josefo kodeksas". Kitų Teresės kodekso dalių perdarymas vėl prasidėjo tik valdant Leopoldui II: 1790-aisiais jis paskyrė naują komisiją pirmininkaujant Martiniui, garsiam prigimtinės teisės mokslininkui Vienos universitete ir tuo pačiu metu karališkosios Teisingumo ministerijos vadovui. Martinio 1796 metais pateiktas civilinio kodekso projektas visiškai atitrūko nuo Teresės kodekso bei nuo romėnų teisės ir pirmąkart didele apimtimi atsižvelgė į prigimtinės teisės doktrinas bei postulatus. Šis Martinio projektas buvo pateiktas Austrijos valdymo institucijoms, kad šios pateiktų atsiliepimus, ir 1801-aisiais, kartu su gautais *Monita*, galutiniam parengimui buvo atiduotas naujai komisijai. Šios komisijos vadovas buvo Franzas v. Zeilleris, kuris kartu su Martiniu vertinamas kaip Austrijos kodekso tikrasis kūrėjas. Zeilleris buvo prigimtinės teisės, kuriai jis kaip ir Martinio mokinys bei įpėdinis, atstovavo Vienos universitete, šalininkas. Tačiau jis, turbūt paveiktas Kanto pažinimo kritikos, atsiribojo nuo prigimtinės teisės doktrinų bekraujo ir teorinio schematizmo; prigimtinius reikalavimus jam rūpėjo realizuoti empirinėje Austrijos santykių realybėje. Zeillerio suformuluotame pagrindime, kuriuo 1808-aisiais buvo pateikta galutinė projekto redakcija imperatoriui Francui I, tuo klausimu sakoma:

Teisiniai įstatymai remiasi bendrais ir nepakeičiamais prigimtiniais teisingumo principais... Todėl daugelio civilizuotų tautų civilinių kodeksų pagrindinės nuostatos sutampa, ir tuo galima paaiškinti tai, kodėl Europos valstybės ilgą laiką pagrindiniu teisinių ginčų sprendimo šaltiniu laikė senąjį romėnų kodeksą. Tačiau kiekvienai valstybei dėl ypatingų joje egzistuojančių santykių reikia vietinių, savitų įstatymų... Klimatas, mitybos būdai, komercija, įprastinės transporto rūšys, gyventojų sąžiningumas arba nesąžiningumas daro nenuneigiamą įtaką nuostatoms apie įvairių teisinių sandorių formą, testamentus, sutartis, teisę į žalos atlyginimo užtikrinimą (cituota pagal *Pfaff/Hoffman*, ten pat, p. 62).

Zeilleris, kaip įsitikinęs šviečiamosios filosofijos sekėjas, visos teisės pagrindiniu šaltiniu laikė protą. Tačiau būdamas praktiškos ir sveika logika pasižyminčios mąstysenos pernelyg teoriškai ir negyvenimiškai skambančius prigimtinės teisės teiginius jis išbraukė iš kodekso. Taip prigimtinė teisė kodekso kūrėjams paskyrė tvirtą vietą anapus neaprėpiamu teisės masyvu tapusios pąsenusios bendrosios partikuliarinės teisės; ji darė įtaką kodekso sistematikai bei formuluotėms ir kai kuriose vietose suteikė tik jam būdingą prigimtinės teisės programinį patosą (plg. Austrijos CK 7 ir 12 str.). Kita vertus, kodeksui svetimas bet koks tikrovei tolimas

doktrinų laikymasis. Jame yra išsaugoti daugelis romėnų teisės ir vietinės teisės institutų, jei tai kodekso kūrėjams atrodė protinga ir tinkama. Kaip Prancūzijos CK, taip ir 1811 metų Austrijos kodifikacija rado protingą vidurio kelią tarp ano laikmečio kritinio racionalizmo reikalavimų ir sveiko požiūrio į istoriškai pasitvirtinusią teisę.

II.

Savo švietėjiškomis pilietinės teisinės lygybės, privačių teisinių santykių emancipacijos nuo valstybės priežiūros ir ekonominės apyvartos laisvės idėjomis civilinis kodeksas savo įsigaliojimo metu – 1811 metais – buvo radikali tuometinės Austrijos socialinės struktūros priešpriešа, nors Austrijos civilinio kodekso 16 straipsnis skelbia, kad „kiekvienas žmogus turi... prigimtines, protu suprantamas teises ir todėl jis yra asmuo". Vis dėlto plačiose Austrijos monarcijos teritorijose kaimo gyventojams galiojo menkai nuo baudžiavos besiskiriantis priklausomybės nuo dvaro statusas, o 1146 Austrijos civilinio kodekso straipsnis nustatė, jog „dvarininkų ir nuo dvaro priklausomų žmonių teises ir pareigas nustato kiekvienos provincijos Konstitucija ir politinės direktyvos". Kodeksas tvirtai remiasi buržuazinės teisinės apyvartos palengvinimo tendencija, bet mažai nagrinėjo gausias feodalines ir luomines pirmenybės teises bei privilegijas, kurių teisinis reguliavimas buvo nustatytas „politinėse direktyvose" medžioklės, miškininkystės, komercijos, samdinių ar žemės savininkų su jų žemėse gyvenančiais valstiečiais klausimais. Pažangus Austrijos civilinio kodekso 7 straipsnio reguliavimas teisėjui suteikė laisvę tam tikromis sąlygomis užpildyti teisės spragas „prigimtiniais teisės principais". Ir vis dėlto imperatoriaus administracija pirmaisiais dešimtmečiais po kodekso įsigaliojimo ir menkiausius klausimus reguliavo smulkmeniškais dekretais, taip, tarsi Austrijoje egzistuotų „pateikimas įstatymų komisijai", kaip jis buvo įtvirtintas Prūsijos teisėje arba Prancūzijos *droit intermédiaire* laikų *référé*. Bendrojo kodekso dvasia tada užbėgo už akių Austrijos vėlyvojo absoliutizmo socialinei tikrovei, ir todėl Franzas Kleinas galėjo pagrįstai teigti, kad pasirodžiusi Austrijos kodifikacija buvo tiesiog anachronizmas (ten pat, p. 17).

Revoliuciniai 1848-ieji buvo lūžio metai. Teisėje išorinis laimėjimas buvo priklausomybės nuo dvaro statuso panaikinimas. Į naujos spaudos laisvės, ūkinės veiklos laisvės, piliečių politinio dalyvavimo valdant savo šalį idėjas pamažu įsitraukė platūs gyventojų sluoksniai. Be abejo, po 1848-ųjų restauracijos buvo kai kurių atsitraukimų: imperatoriškoji įstatymų leidyba, realizuodama 1855 metų konkordatą, katalikų santuokinę teisę, sureguliuotą civiliniame kodekse, subordinavo kanoninei teisei, santuokos bylų teismingumą patikėjo bažnytiniams teismams, o visus mokymo bei auklėjimo reikalus mokyklose pavedė Bažnyčios aukštųjų institucijų kontrolei. Po 12 metų, kai po 1867 metų Konstitucijos reformos vokiečių liberalai Austrijos reichstage laimėjo daugumą, konkordatas buvo vėl panaikintas, įvesta privaloma civilinė santuoka, santuokinių bylų procesas vėl supasaulietintas ir panaikinta Bažnyčios priežiūra mokyklai; pamažu keičiantis agrariniams santykiams, plėtojantis industrializacijai ir atsiskleidžiant šalies galimybėms dalyvauti tarptautinėje apyvartoje bei skverbiantis kapitalistinėms ūkininkavimo formoms, Austrijos civilinis kodeksas su savo individualistinėmis ir laisvės vertybėmis aštuntąjį ir devintąjį dešimtmetį vis labiau artėjo prie Austrijos ekonominės ir socialinės tikrovės (plg. *Klein*, ten pat, p. 16).

Panašią raidą patyrė ir Austrijos teisės mokslas. Po kodekso įsigaliojimo, panašiai kaip Prūsijoje po 1794 metų ir Prancūzijoje po 1804 metų, pirmiausiai atsirado vien tik į aiškini-

mą orientuota mokykla, kurios horizontas siekė toliau nei kodekso raidė ir kuri nesidomėjo teisinės veiklos istorine bei lyginamąja dimensijomis. Ir šioje vietoje po 1848 metų padėtis pasikeitė. Austrija užmezgė ryšį su vokiečių mokslu, o teisėje tai reiškė, jog sąveikaujama su istorine teisės mokykla ir iš jos kilusia pandektine jurisprudencija. Šio „durų į Vokietiją atidarymo" vedančioji galva buvo Josefas Ungeris, nuo 1855 metų profesoriavęs Vienos universitete. Aštrioje polemikoje jis pasisakė prieš aiškinamosios mokyklos „orientaciją į raidę", prieš jos „grynai išorišką teisės nagrinėjimo būdą". Iš jo lūpų tiesiog galima girdėti kalbant Savigny, kuris mano, kad aiškinamojo metodo vietoje „dabar [turėtų ateiti] istorinis-filosofinis metodas, kurio esmė yra ta, jog iš detalių praeities studijų mokomasi suprasti dabartį ir jos būdingus bruožus". Todėl Ungeris yra tos nuomonės, jog „vien tik istorinėje teisės mokykloje, kokią įsteigė Savigny ir Puchta..., ir Austrijai reikėtų atrasti teisės mokslo išganymą"; todėl iš savo kolegų jis primygtinai reikalauja „turtingą vokiečių mokslo srovę nukreipti į neįdirbtus austrų teisės mokslo dirvonus" (*Unger*, ten pat, III–V, p. 640 ir kt.; p. 647; plg. ir *Ogris*, ten pat, p. 11).

Ungeris savo darbais pats skatino ryšį tarp austrų teisės mokslo ir vokiečių pandektinio mokslo. Jis parašė (liko nebaigtas) veikalą *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (Austrijos privatinės teisės sistema, 1856 ir kt.), kuriame panaudojo visą vokiečių pandektinės literatūros moksliškumą ir ypač detaliai ir su meile atsidėjo privatinės teisės bendrosios dalies studijoms. Kaip jis dėstė aukščiau nurodyto veikalo 641 puslapyje, be šios dalies teisininkas teisėje turįs orientuotis „kaip pilotas be kompaso". Be abejo, jis ir jo mokiniai pandektinį statinį turėjo statyti ant prigimtinės teisės pamato, ir suprantama, jog tai neįvyko be prievartos (pvz., *Ogris*, ten pat, p. 16). Ypač menkai Ungeris vertino „prigimtinius teisės principus", kurie yra įtvirtinti kai kuriose Austrijos civilinio kodekso vietose: 7 straipsnyje, kur teisėjas yra nukreipiamas į šiuos principus kaip į aiškinimo priemonę, Ungeris matė „ne ką kita kaip tik grynai teorinio kūrėjų siekio patenkinimą"; 16 ir 17 straipsnius, kuriuose žmogus yra apibrėžiamas kaip prigimtinių teisių subjektas ir todėl jam yra suteikiamas subjektiškumas, jis vadino „nereikalingais, praktiškai nereikšmingais straipsniais" (ten pat, p. 71). Nuo Ungerio laikų austrų mokslas vėl palaiko artimą grįžtamąjį ryšį su vokiečių mokslu; jo „sistema" veikė austrų doktriną panašiai kaip Zacharias knyga prancūzų doktriną, ir nuo to laiko austriški civilinės teisės vadovėliai, kitaip nei kodeksas, kuriuo jie remiasi, turi išsamią „bendrąją dalį", kurioje pagal vokiečių pandektistikos tradiciją yra išdėstomas mokymas apie teisės šaltinius, asmenis, daiktus ir sandorius.

III.

Pagal išorinę kompoziciją ir techninį lygį Austrijos civilinis kodeksas yra kur kas aiškesnis, apžvelgiamesnis ir „modernesnis" nei Prūsijos žemės teisė, apie kurios kaip kodekso „nenatūralią architektoniką, kurioje be didesnių pastangų nesusigaudytų net teisės mokslininkas", Zeilleris nieko nenorėjo žinoti (cituota pagal *Pfaff/Hofmann*, p. 48). Nuo Prancūzijos CK griežtos dikcijos Austrijos civilinis kodeksas skiriasi kai kuriomis tėviškai pamokomomis, tik motyvuojamomis arba teorizuojamomis nuostatomis, kurių griežtai žiūrint nereikia ir vis dėlto jos gali kodeksą padaryti aiškesnį ir vaizdingesnį (plg. šiuo klausimu *Mayr*, p. 385). Austrijos civilinio kodekso 14 straipsnyje yra išvardyti skyriai, į kuriuos skirstomas kodeksas, tačiau tai galima rasti ir kodekso turinyje. Yra labai daug geranoriškų nuostatų, kurios kodekso

skaitytojui siūlo tam tikro klausimo ieškoti kitoje kodekso vietoje (pvz., Austrijos CK 450, 606 str.). Kodekse gausu ir definicijų, kuriose nėra teisinio-techninio turinio ir kurios yra skirtos vien tik paryškinti arba paauklėti. Pavyzdžiui, Austrijos civilinio kodekso 44 straipsnyje susitarimas sudaryti santuoką yra aiškinamas tuo, jog „du skirtingos lyties asmenys pagal įstatymą pareiškia savo valią gyventi neišskiriamoje sąjungoje, gimdyti vaikus, juos auklėti ir vienas kitam padėti". Apskritai kodekso formuluotės yra vaizdžiai išsamios, nors retai nueina iki varginančio Prūsijos žemės teisės smulkmeniškumo (plg. beveik linksmą 487–503, 556–683 str. kazuistiką), tačiau, kita vertus, yra nutolusios nuo geležinės 85 metais jaunesnės *Vokietijos* kodifikacijos disciplinos. Palyginkime, pavyzdžiui, iš susižadėjimo teisės Austrijos civilinio kodekso 45 straipsnio nuostatą:

Sužadėtuvės arba išankstinis pažadas tam tikromis aplinkybėmis ar sąlygomis sudaryti santuoką nesukelia teisinių pasekmių nei sudaryti pačią santuoką, nei atlikti tai, kas yra numatyta atsisakymo atveju.

Tuo tarpu Vokietijos civilinio kodekso 1297 straipsnis numato:

Sužadėtuvės nesukelia pareigos sudaryti santuoką. Numatymas baudos, jei santuoka nesudaroma, yra niekinis.

Pastebėtina, jog Austrijos civilinį kodeksą sudaro tik 1502 straipsniai, taigi jis iš esmės yra trumpesnis nei Prancūzijos CK ir Vokietijos civilinis kodeksas. Šis trumpumas, viešai paskelbtas kūrėjų tikslas, dažnai yra su labai didelėmis spragomis, dėl kurių Austrijos teismų praktikai iškyla sudėtingų uždavinių.

Šio kodekso spragos ir kai kurie (ypač išryškėję lyginant su Vokietijos kodifikacija) trūkumai paskatino Austrijos vyriausybę Ungerio siūlymu 1904 metais sudaryti „Komisiją Austrijos civilinio kodekso peržiūrai". Šios komisijos ir jos sekėjų darbai tęsėsi ilgus metus ir tik 1914–1916 metais buvo sukurtos trys dalinės novelos, iš kurių ypač III smarkiai pakeitė pradinį kodekso tekstą. Dėka jos buvo naujai suredaguota, pakeista arba panaikinta apie 180 Austrijos civilinio kodekso nuostatų; visi šie pakeitimai, paveikti Vokietijos civilinio kodekso pavyzdžio, apėmė beveik visas Austrijos civiliniame kodekse esančias dalis, ypač bendrąją sutarčių teisę, nuomos bei rentos, paslaugos sutarčių ir rangos sutarčių teisę. Dalinėms noveloms kartkartėmis buvo reiškiama kritika. Tačiau Ehrenzweigo nuomone, jos iš esmės pasitvirtino: „Įstatymai metai po metų darosi vis geresni. Veikiant praktikos burtų lazdelei trūkumai nyksta" (ten pat, p. 35).

Austrijos civilinio kodekso išorinis suskirstymas remiasi Gajaus institucijų sistema: po trumpo įvado yra trys dalys, kuriose įtvirtinta asmeninė teisė, daiktinė teisė ir bendrosios daiktinės bei asmeninės teisės nuostatos.

Įvade įtvirtintos bendrosios įsigaliojimo, galiojimo kompetencijos, atgalinio galiojimo ir įstatymų aiškinimo nuostatos. Vertas dėmesio yra jau minėtas Austrijos CK 7 straipsnis, kur yra įtvirtinta, palyginti su Prūsijos žemės teise, labai pažangi nuostata, jog teisės spragas turi užpildyti teisėjas. Pagal šią nuostatą teisėjas, jei teisinės problemos negalima išspręsti nei pagal įstatymo raidę, nei pagal jo prasmę, privalo atsižvelgti į kitus įstatymuose aiškiai išspręstus

klausimus ir į kitų artimų įstatymų kontekstą. Jei teisinė problema ir tuomet dar liktų abejotina, ją teisėjas turi išspręsti „atsižvelgdamas į rūpestingai surinktas ir nuodugniai apsvarstytas aplinkybes pagal prigimtinius teisės principus". Be abejo, praktikoje ši nuostata nebuvo labai svarbi, nes teismai nemėgo rodyti savo kūrybiškos veiklos ir šiuos reikalus mieliau atlikdavo prisidengdami paveldėta aiškinimo technika (plg. *Klang*, p. 84).

Austrijos CK *pirmosios dalies* „Apie asmenų teises" pagrindinę (1) dalį sudaro iš tiesų margas „teisių, kurių objektas yra asmeninės savybės arba santykiai", mišinys. Čia yra normų apie teisnumą, apie bejėgių žmonių apsaugos poreikį, apie „moralaus asmens" teisinę padėtį ir galiausiai kai kurios užsieniečių teisinės padėties ir tarptautinės privatinės teisės normos; paskutinysis institutas naujai išdėstytas 1978 metų Tarptautinės privatinės teisės įstatymu. Pagrindinėje (2) dalyje įtvirtinama šeimos teisė, kuri iš esmės buvo pertvarkyta aštuntojo dešimtmečio reformų įstatymais ir suderinta su Austrijos Federalinės Konstitucijos 7 straipsniu. Tai pasakytina ir apie 3 bei 4 pagrindinėje dalyje nustatytą kūdikio teisinį statusą ir globos teisę.

Didžiausios apimties *antrojoje* Austrijos CK *dalyje* kalbama „Apie daiktines teises". Šio kodekso pirmajame skyriuje nagrinėjamos daiktinės teisės: valdymas, nuosavybė, įkeitimas, servitutai ir, nors ir keista, paveldėjimo teisė, kaip teisė į palikimą ar palikimo dalį (plg. 308, 532 st.). Antrajame skyriuje nagrinėjamos *asmeninės daiktinės teisės*, „dėl kurių vienas asmuo turi atlikti prievolę kitam asmeniui"(307, 859 str.); čia yra įtvirtinta visa Austrijos civilinio kodekso sutarčių ir deliktinė teisė.

Pirmiausia šiame skyriuje įtvirtinamos *bendrosios* sutarčių teisės normos: oferta ir akceptas, veiksnumas, toliau (šiandien mums labai pažangiu atrodantis reguliavimas) sutarčių, sudarytų dėl suklydimo, apgaulės ar grasinimo, negaliojimas (plg. II 31) bei sutarčių, neatitinkančių įstatymo reikalavimų, negaliojimas ir negaliojimas sutarčių, prieštaraujančių geriems papročiams, taip pat negaliojimas sutarčių, sudarytų nesilaikant įstatymo reikalaujamos sandorio formos. Vokietijos CK visos šios nuostatos yra įtvirtintos bendrojoje dalyje, kur jos taikomos ne vien tik sutartims, bet ir visiems sandoriams. Priešingai, Austrijos CK 876 straipsnis numato (ir ši nuostata į kodeksą yra patekusi dėka III dalinės novelos), jog normas apie sutarčių sudarymą dėl suklydimo, apgaulės ar grasinimo, atitinkamai reikia taikyti „ir kitiems valios pareiškimams, kurie yra daromi kito asmens atžvilgiu". Ir bendrosios sutarčių pažeidimo normos (Austrijos CK 918–921 str.) kilo iš dalinės III novelos bei remiasi Vokietijos CK pavyzdžiu.

Po sutarčių bendrosios dalies normų seka ypatingosios dalies normos *apie atskirus sutarčių tipus*: čia yra nagrinėjami dovanojimas, pasauga, paskola, pirkimas bei pardavimas ir turtiniai sutuoktinių susitarimai. Teisės istorijos požiūriu įdomus yra skyrius „Apie įgaliojimą ir kitas pavedimo rūšis". Čia įstatymų leidėjas dar neišskiria Vokietijoje tik po 70 metų Labando „atrasto" skirtumo tarp atstovavimo ir šio atstovavimo pagrindą sudarančio sutartinio santykio, taigi abu sandorius sujungia į vieningą „įgaliojimo sutarties" sandorį (Austrijos CK 1002 str.). *Nuomą* ir *rentą* kodeksas apibendrina senamadišku pavadinimu *Bestandsvertrag;* be abejo, sutarčių bendrosios dalies normų taikymas dėl šiandien egzistuojančio butų stygiaus iš dalies yra pašalintas specialiaisiais įstatymais arba jų reikšmė yra smarkiai apribota. Tas pat galioja nuostatoms apie *paslaugos sutartį;* jas visiškai atnaujino III dalinė novela, tačiau nepaisant modernių darbo teisės specialiųjų įstatymų ir šiandien jos tebeegzistuoja kaip šešėlis.

Aiškią prigimtinės teisės mąstymo įtaką išduoda Austrijos CK kodekso *žalos atlyginimo teisė*, kuri sąmoningai atsitraukia nuo romėnų teisėje žinomų ieškinių iš delikto įvairovės ir 1295 straipsnyje nustato unifikuotą, tiek sutartinei, tiek deliktinei atsakomybei galiojančią normą-principą: „Kiekvienas turi teisę iš tyčia žalą padariusio asmens reikalauti žalos atlyginimo."

Atsakomybė *nesant* kaltės Austrijos CK iš esmės nėra žinoma. Ir tais atvejais, kai žala atsirado dėl žvėries veiksmų arba dėl pastato arba jo dalių griuvimo, žvėrių laikytojai arba namų valdytojai atsakomybės gali išvengti, jei įrodo, jog jie ėmėsi būtinų atsargumo priemonių. Dėl *pagalbinių asmenų atsakomybės* III novela vėl atskyrė atsakomybę *ex contractu* ir *ex delicto:* jei verslininkas *sutartinius* įsipareigojimus įvykdė su padėjėjo pagalba, kitai sutarties šaliai jis visiškai atsako už padėjėjo klaidą (Austrijos CK 1313 (a) str.); jei verslininkui pareiškiamas ieškinys iš *delikto*, jis ir šiuo atveju atsako neatsižvelgiant į *culpa in eligendo*, jei padėjėjas teismo vertinimu buvo „netinkamas" (Austrijos CK 1315 str.). Austrijos CK, lygiai kaip ir Vokietijos CK, neįtvirtino modernios nelaimingų atsitikimų teisės: nelaimingi atsitikimai, įvykę darbo vietoje, eismo nelaimės, nelaimingi geležinkelio arba oro transporto atsitikimai. Šias atsakomybės rūšis reguliuoja specialūs įstatymai, kuriuose kaltės, kaip atsakomybės sąlygos, nenumatoma. Tačiau vienu atžvilgiu Austrijos teismų praktika buvo drąsesnė nei vokiečių: ji pripažino, jog ir nesant specializuotais įstatymais nustatyto pagrindo atsiranda atsakomybė nesant kaltės, jeigu žala yra padaroma dėl verslininko „pavojingos veikos"; ar veika yra „pavojinga", sprendžia teisėjas.

Trečiojoje Austrijos CK dalyje yra įtvirtintos „Bendrosios asmeninių ir daiktinių teisių nuostatos". Čia be *ieškininės senaties* ir *įgyjamosios senaties* „teisių užtikrinimo" pavadinimu yra nustatomas *laidavimo* ir *įkeitimo sutarties*, „teisių pakeitimo" pavadinimu – *reikalavimo perleidimo* ir *skolos perkėlimo* teisinis reguliavimas. „Teisių pasibaigimo" skyriuje yra nustatomos įvairios prievolių įvykdymo formos, pavyzdžiui, *įskaitymas*, kreditoriaus *atsisakymas* ir *mokėjimas*; kaip priedas prie nuostatų apie prievolės pasibaigimą mokėjimu yra įvestos normos apie nepagrįstą praturtėjimą, pavadinimu „nepagrįstas mokėjimas". Palyginus su *Vokietijos* kodekso išorine struktūra visa tai atrodytų savavališkai, tačiau iki šiol jokiu būdu nėra įrodyta, kad šis, galbūt ydingas išdėstymas vietos požiūriu kaip nors būtų pakenkęs šių teisės institutų *funkcionalumui*. Šiaip ar taip, Austrijos CK trumpumas ir teorinis skurdumas leido interpretuoti jo normas: „Jo skurdas ir vargingumas tampa jo turtu ir privalumu" (*Gschnitzer*, JBL. 1957, 371).

Kitose pasaulio šalyse Austrijos CK buvo kur kas mažiau paplitęs negu Prancūzijos CK. Tai priklausė ne tiek nuo to, jog Austrija po 1811 metų neturėjo sėkmingų karų ir todėl neužkariavo svetimų šalių, kaip tai padarė Napoleonas, ir padovanojo savo kodeksą Olandijai, Italijai bei Vokietijai. Menko tarptautinio poveikio priežastys turbūt glūdi tame, kad Austrijos CK buvo į restauraciją orientuotos monarchijos kodeksas, o ši monarchija valdant Metternichui daugeliui dešimtmečių buvo sudariusi sąjungą su praeities jėgomis ir, kaip daugiatautei valstybei, labai greitai iškilo vidinio irimo pavojus. Atvirkščiai, Prancūzijos CK pasirodė kaip galingos vieningos valstybės, įsteigtos po sėkmingos revoliucijos ir beveik visą XIX šimtmetį vykdžiusios ekspansyvią politiką, kodeksas. Prie Austrijos CK lopšio stovėjo tik absoliutinės valstybės, švietimo epochos paveikta valdininkija, o ne garsaus valstybės veikėjo bei karo vado charizma, kokią turėjo Napoleonas. Tad nėra jokia staigmena, kad Austrijos CK poveikis pasauliui liko palyginti menkas. Vis dėlto šis kodeksas XIX šimtmetį buvo pripažintas svar-

biose nevokiškose Austrijos-Vengrijos teritorijose: Kroatijoje ir Slovėnijoje bei Bosnijoje ir Hercegovinoje, taip pat (sutrumpinta forma) kaimyninėse Serbijos ir Montenegro valstybėse, tačiau ne Vengrijoje, kur jis galiojo tik kelerius metus. Austrijos CK iki Risorgimento galiojo ir Lombardijoje bei Venecijoje. Kai 1918 metais Austrijos-Vengrijos monarchija subyrėjo, Austrijos CK stebėtinai tvirtai išsilaikė tuomet Austrijai priklausiusiose Lenkijos, Jugoslavijos ir Čekoslovakijos teritorijose. Šiose teritorijose tik po Antrojo pasaulinio karo jis buvo pakeistas socialistinių valstybių kodeksais.

Ir *Lichtenšteinas*, nors jau nuo 1719 metų nepriklausoma kunigaikštystė ir kartu ne Austrijos-Vengrijos monarchijos sudedamoji dalis, plačiai receptavo Austrijos teisę, ypač Civilinį kodeksą. Po Pirmojo pasaulinio karo Lichtenšteinas, žinoma, nusisuko nuo Austrijos ir atsigręžė į Šveicariją. Nuo to laiko jis savo įstatymų leidyboje beveik visada seka Šveicarijos pavyzdžiu, tad šiandien kaip Austrijos CK palikimas liko tik santuokos, įvaikinimo ir paveldėjimo teisė. Palyginkime šiuo klausimu išsamiai rašiusį *Gschnitzer*, Gedächtnisschrift Ludwig Marxer (1963) 19.

13. ŠVEICARIJOS CIVILINIS KODEKSAS

Deschenaux, Der Einleitungstitel [des schweizerischen Zivilgesetzbuchs], veikale: Schweizerisches Privatrecht II: Einleitung und das Personenrecht (Leidėjas: Gutzwiller, 1967) 1; *Egger*, Einleitung und Personenrecht, veikale: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I (1930); *to paties autoriaus*, Das schweizerische Zivil- und Handelsrecht, veikale: Egger, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen I (Leidėjas: Hug, 1957) 145; *Elsener*, Geschichtliche Grundlegung, Rechtsschulen und kantonale Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, veikale: Schweizerisches Privatrecht I; Geschichte und Geltungbereich (Leidėjas: Gutwiller. 1969) 1; *Gauye*, Eugen Huber und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch [su išspausdintu nepaskelbtu Eugeno Huberio straipsnius 1910 metais; „Das Verhältnis des schweizerischen Zivilgesetzbuchs zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche“], ZSR 80 (1961) 63; *Rudolf Gmür*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (1965); *Gutzwiller*, Der Standort des schweizerischen Rechts, ZSR 80 (1961) 243; *Hirsch*, Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht, ZgesHR 116 (1954) 201; *to paties autoriaus*, Rezeption als sozialer Prozess, Erläutert am Beispiel der Türkei (1981); *Eugen Huber*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf (1902); *Kohler*, Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch, RheinZ (1913) 1; *Kramer*, Die Lebenskraft des schweizerischen Obligationenrechts, ZSR 102 (1983) 241; *Liver*, das schweizerische Zivilgesetzbuch, Kodifikation und Rechtswissenschaft, ZSR 80 (1961) 193; *to paties autoriaus*, Einleitung, veikale: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht I 1 (1966) 7; *Liver/Merz*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Entstehung und Bewährung, ZSR 81 (1962) 3, 30; *Merz*, Fünfzig Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch, JZ 1962, 585; *to paties autoriaus*, Die Quellen des schweizerischen Obligationenrechts von 1881, Ein Beispiel interner Rechtsvereinheitlichung, Festschrift Zweigert (1981) 667; *to paties autoriaus*; Das schweizerische Obligationenrecht von 1881, Übernommenes und Eigenständiges, veikale: Hundert Jahre schweizerisches Oligationenrecht (Leidėjas: Peter/Stark/Tercier, 1982) 3; *von Overbeck*, Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code, La.L.Rev. 37 (1977) 681; *Pritsch*, Die Rezeption des Schweizerischen Zivilrechts in der Türkei, SJZ 23 (1923/27) 273; *to*

paties autoriaus, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, ZvglRWiss 59 (1957) 123; *Rabel*, Bürgerliches Gesetzbuch und Schweizerisches Gesetzbuch, DJZ 15 (1910) 26, išspausdinta: Rabel, Gesammelte Aufsätze III (Leidėjas: Leser, 1967) 144; *to paties autoriaus*, Streifgänge im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, RheinZ (1910) 308, 4 (1912) 153; išspausdinta: Rabel, Gesammelte Aufsätze I (Leidėjas: Leser, 1965) 179; *to paties autoriaus*, Einige bemerkenswerte Neuheiten im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, GZ 62 (1911) 161, išspausdinta: Rabel, Gesammelte Aufsätze I (Leidėjas: Leser, 1965) 268; *to paties autoriaus*, The German and the Swiss Civil Codes, La.L.Rev. 10 (1950) 265; *Sauser-Hall*, La reception des droits europeens en Turque, veikale: Recueil de travaux publies par la Faculte de Droit de 'Universite de Geneve (1938) 323; *Andreas B. Schwarz*, das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung (1950); *Siehr*, Die Zeitschrift für Schweizerisches Recht und das schweizerische Privatrecht in der deutschen Rechtspraxis, ZSR 100 (1981) 51; *Simonius*, Zur Erinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuches, ZSR 76 (1957) 293; *Starr/Pool*, The Impact of a Legal Revolution in Rural Turkey, L. and Soc.Rev.8 (1974) 534; *Tour*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Schnyder redakcija, Leidėjas: Jäggi, 1968); *Velidedeoglu*, Erfahrungen mit dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch in der Türkei, ZSR 81 (1962) 51; *Yung*, Le Code civil suisse et nous, ZSR 80 (1961) 323.

I.

Kitaip nei Šv. Romos imperijos teritorijoje, vokiškai kalbančioje Šveicarijoje nebuvo plačios romėnų teisės recepcijos. Nors romėnų teisė visgi galiojo kai kuriose vietovėse, pavyzdžiui, Bazelyje ir Šafhauzene; esant reikalui nesibodėta perimti ir atskirų romėnų institutų, nes vietiniuose teisiniuose papročiuose buvo teisės spragų. Bet romėnų teisės recepcija, atsižvelgiant į Šveicarijos konfederacijos nepriklausomybę ir savarankiškumą, *in complexu* niekuomet nebuvo nagrinėjama. Tai, kad šveicarai nejautė simpatijų romėnų teisei kaip imperijos teisei, matyti ir iš to, jog šveicarai XV šimtmetį beveik nuolatos turėjo ginti savo nepriklausomybę nuo Vokietijos imperatoriaus ir nuo to laiko nebesijautė priklausą Imperijai. Ir Šveicarijoje, kitaip nei Vokietijos kunigaikštystėse, nebuvo nei teritorinių kunigaikštysčių valdymo institucijų, nei išsimokslinusių teisininkų štabų, kurie būtų galėję rūpintis romėnų teisės išplatinimu. Konfederacijos pagrindais organizuotoje ir teritoriniu požiūriu lengvai aprėpiamoje vokiškai kalbančioje Šveicarijos konfederacijoje iki XVIII šimtmečio pabaigos vyravo vietiniais teisiniais papročiais besiremianti, renkamų neprofesionalių teisėjų liaudyje taikoma teisė (plg. *Liver*, Berner Kommentar, ten pat, Rn. 14; *Elsener*, p. 26).

Po Prancūzijos revoliucijos ir Šveicarijoje įsitvirtino švietimo epochos kodifikacijos idėja. Po to, kai 1798 metais Šveicarijos konfederacijos teritoriją okupavo Prancūzijos armija, „vieninga ir nedaloma Šveicarijos Respublika", su prancūzų pagalba sukurta ir nepaprastai trumpai gyvavusi unitarinė valstybė, netgi priėmė sprendimą sukurti unifikuotą privatinę teisę. Nuvertus Napoleoną Šveicarijoje labai greitai vėl susidarė netvirta palyginti savarankiškų kantonų sąjunga. Tačiau švietimo epochos iškelta privatinės teisės kodifikacijos idėja išliko, žinoma, tik kantonų lygiu, ir privedė prie to, jog tą šimtmetį beveik visi kantonai vienas po kito išleido savus civilinės teisės kodeksus.

Šveicarijos vakariniuose ir pietiniuose kantonuose – Ženevoje, Vo, Valėje, Tičine ir kituose dėl nuo senovės egzistuojančių ryšių su teisės raida Prancūzijoje iš esmės buvo remiamasi Prancūzijos CK. Antroji kantonų grupė vadovavosi Berno kodifikacija, kuri pirmoji įsigaliojo 1826–

1832 metais tarp vokiškai kalbančių kantonų. Jos pagrindas buvo senoji Berno teisė, o ji, be kita ko, sekė, ypač sistemos požiūriu, Austrijos CK, kuris tuometinėje restauracijos epochoje kaip modelis konservatyvioms kantonų vyriausybėms buvo priimtinesnis nei Prancūzijos CK. Berno pavyzdžiu vėliau pasekė Liucernos, Zoloturno ir Argau kantonai. Trečioji grupė susidarė išleidus Ciūricho kantono privatinės teisės kodeksą (1853–1855). Šiame kodekse pirmąkart atsispindi naujieji vokiečių istorinės teisės mokyklos ir pandektistikos teiginiai, su kuriais susipažino Ciūricho politiniame institute dirbęs Savigny mokinys profesorius Kelleris. Kodekso kūrėjas buvo Bluntschlis, kuris, kaip ir Kelleris, ilgą laiką studijavo Vokietijoje ir įsisavino pandektistikos teiginius, bet kartu turėjo puikių Ciūriche galiojančios privatinės teisės žinių ir todėl ypač tiko kodifikacijai atlikti. Šis kodeksas, labiau nei bet kuris kitas kantonuose galiojęs kodeksas, darė įtaką Šveicarijos civilinam kodeksui; jis visur rėmėsi vietinėmis teisės tradicijomis, tačiau šią tradicinę teisę įpynė į romėnų teisės sistemą ir taip sukūrė originalų bei įsimintiną kūrinį, kuris, be to, dar pasižymėjo aiškia ir liaudiška kalba. Daugelis kitų Šiaurės ir Rytų Šveicarijos kantonų, kurdami savus kodeksus, sekė Ciūricho pavyzdžiu.

Antrojoje XIX a. pusėje Šveicarijoje pamažu augo unifikuotos teisės poreikis. Ekonominiai santykiai vis dažniau peržengdavo kantonų sienas, vidinė migracija vis dažniau vedė prie to, jog Šveicarijos piliečiai gyvenamąją vietą rinkdavosi už ribų to kantono, kuriame buvo gimę. Todėl tarpkantoninės kolizinės teisės reikšmė tapo milžiniška: „Tačiau teisės sistemai atsiranda žala, jei prejudicialiniai galiojimo teritorijos ir teisės normų taikymo nustatymo klausimai susiduria su daugeliu materialinės teisės sistemų“ (*Egger*, Zürcher Kommentar, ten pat, Allgemeine Einleitung, Rn. 19). Taip kilo gyva diskusija dėl konstitucinės teisės prejudicialumo klausimo: ar Federacijos valdžia galinti įgyti privatinei teisei iki šiol trūkstamą įstatymų leidybos kompetenciją? Vėl iškilo seno ginčo tarp Savigny ir Thibauto argumentai, bet žodžio pirmiausia paprašė stiprus federalizmas. Šio federalizmo šalininkai baiminosi bet kokio Federacijos kompetencijos išplėtimo, nes manė, jog gyvuojanti kantonų teisės įvairovė bus pakeista nykia niveliacija. 1874 metų Konstitucijos reforma Federacijai suteikė kompetenciją kai kuriose privatinės teisės šakose ir institutuose, ypač prievolinei ir prekybos teisei. Po to 1881 metais galėjo įsigalioti unifikuota Šveicarijos prievolinė teisė, kuri iš esmės rėmėsi 1861 metų Vokietijos prekybos teisės kodeksu ir 1865 metų „Drezdeno projektu“ (plg. 10 str. V). Sprendžiant kodifikacijos klausimą Šveicarijos teisininkų sąjungai priklauso lemiama iniciatyva: ši sąjunga 1884 metais nusprendė, kad dėl Šveicarijos teisės unifikavimo turi būti atliktas platus visų Šveicarijos kantonų teisės lyginamasis aprašymas. Šiai užduočiai įvykdyti buvo pakviestas tuomet Bazelyje dėstantis profesorius Eugenas Huberis; į sceną įžengė vyras, kurio nepaprastų gabumų dėka Šveicarija šiandien turi civilinės teisės kodeksą.

Per kelerius metus Huberis parašė savo veikalą apie „Šveicarijos privatinės teisės istoriją ir sistemą“ (1886–1893), kurio pirmuose trijuose tomuose buvo aprašyta kantonuose galiojanti teisės sistema, o 4 tome – Šveicarijos teisės istorija. Dar prieš paskutinio tomo pasirodymą bundesratas Ruchonnetas, tuomet vadovavęs Šveicarijos policijos ir teisingumo departamentui ir ėjęs teisingumo ministro pareigas, pavedė Huberiui parengti civilinio kodekso projektą. Taip Šveicarijos CK iš esmės buvo vienintelio žmogaus kūrinys. Kai 1898 metais, pakeitus Šveicarijos konstituciją, Federacijai buvo suteikta įstatymų leidybos kompetencija visai privatinei teisei, Huberio projekto pirmoji redakcija jau buvo beveik baigta. 1900 metais šis projektas buvo pateiktas viešai diskusijai, aptartas ekspertų komisijos ir galiausiai pateiktas Šveicarijos parlamentui. Nuo pat pradžių *Huberis* intensyviai dalyvavo visame įstatymų leidybos procese; jis ne tik su-

kūrė civilinio kodekso projektą, bet ir vėliau pats, būdamas Austrijos Nacionalinės tarybos nariu, vikriai „vedė“ jį pro parlamente tykančius pavojus. Kurį laiką po savo habilitacijos buvęs laikraščio *Neue Zürcher Zeitung* redaktoriumi, Huberis pasižymėjo ir kaip publicistas. Civilinį kodeksą jis populiarino straipsniais laikraštyje ir paskaitomis visuomenei.

Iš gausios biografinės literatūros apie *Eugeną Huberį* reikia išskirti: *Max Rümelin*, Eugen Huber (1923); *Guhl*, Eugen Huber, atspausdinta: Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre (1945) 323; *Egger*, Eugen Huber und das Schweizerische Zivilgesetzbuch, atspausdinta: *Egger*, Rinktiniai raštai ir straipsniai (Leidėjas: Hug, 1957), 105.

1907 m. gruodžio 10 d. Šveicarijos federalinis susirinkimas priėmė civilinį kodeksą. Jeigu 30 000 piliečių arba aštuoni kantonai prašo federalinį įstatymą pateikti referendumui, pagal Šveicarijos konstituciją gali būti surengtas referendumas. Tačiau tokia iniciatyva rengti referendumą nebuvo pareikšta. Kadangi kodeksas turėjo įsigalioti tik 1912 m. sausio 1 d., tarpinis laikotarpis buvo panaudotas 1881 metų prievolinei teisei papildyti ir šiai teisei su civiliniu kodeksu suderinti. Dėl trumpo laiko iš pradžių pavyko modernizuoti tik prievolinės teisės bendrąsias nuostatas (čia priklauso sutarčių teisė, deliktinė teisė bei nepagrįsto praturtėjimo teisė). Ši atnaujinta prievolinės teisės dalis įsigaliojo kartu su Civiliniu kodeksu, tačiau specialaus federalinio įstatymo forma su savais straipsniais. Iš įstatymo pavadinimo paaiškėja, kad prievolinė teisė sudaro civilinio kodekso penktąją dalį, o pirmos keturios įtvirtina asmeninę, šeimos, paveldėjimo ir daiktinę teisę. Kiti prievolinės teisės skyriai, kurie nustato įmonių teisės (įskaitant akcijų, akcinių bendrovių ir bendrijų) bei firmų vardų ir vertybinių popierių teisinį reguliavimą, buvo revizuoti tik 1936 metais ir prijungti prie prievolinės teisės.

Iš to paaiškėja, kad Šveicarija neturi specialaus prekybos teisės kodekso. Kaip ir Ciūricho prievolinės teisės kodekse, prekybiniams sandoriams ir bendrosios teisinės apyvartos sandoriams yra nustatytos tos pačios normos. Vis dėlto kai kuriose vietose yra specialios nuostatos, kurios skirtos tik *prekybinei* apyvartai reguliuoti, pavyzdžiui, Šveicarijos PK 191 ir 215 straipsniais yra nustatyta, jog pirkėjas ir pardavėjas sutarties pažeidimo atveju „abstrakčiai“ apskaičiuoti žalą gali tik tada, jeigu sandoris buvo sudarytas „prekybinėje apyvartoje“.

Ypač reikėtų atkreipti dėmesį į tai, jog po Antrojo pasaulinio karo įsigaliojęs įstatyminis reguliavimas, numatantis silpnesnės sutarties šalies apsaugą, Šveicarijoje, kitaip nei daugelyje kitų Europos šalių teisės sistemų, nebuvo išstumtas į specializuotus įstatymus, o buvo įtrauktas į Prievolių kodeksą. Tai pirmiausia galioja darbo teisei, kuri kartu su kolektyvinių sutarčių teise nuo 1971 metų yra įtvirtinta Prievolių kodekso 319–362 straipsniuose, toliau pirkimo ir pardavimo sutarčiai, kai mokėjimas yra atliekamas dalimis iš anksto. Šios abi sutartys buvo integruotos į Prievolių kodekso pirkimo ir pardavimo teisę (226a–228 str.).

II.

Įsigaliojus Šveicarijos civiliniam kodeksui Europos privatinės teisės kodifikacijų koncertas praturtėjo nauju stipriu balsu, pademonstravusiu ypatingą šveicarų teisinio mąstymo stilių. Kodeksą pripažino pagrindiniai užsienio teisininkai, kai kurie netgi reiškė susižavėjimą, o Vo-

kietijoje pasigirdo balsų, kad ilgai nelaukus būtų panaikintas Vokietijos civilinis kodeksas ir pakeistas Šveicarijos kodifikacija. Iš tiesų Šveicarijos civiliniam kodeksui pirmenybę turėjo atiduoti tie, kurie Vokietijos kodeksui prikaišiojo jo kalbinį ir techninį sudėtingumą, pernelyg išdailintą sistematiką ir perdėtą polinkį į specialią teisinę terminiją. Visų šių trūkumų Šveicarijoje buvo išvengta. Naujoji kodifikacija pasižymėjo liaudyje vartojama ir vaizdinga *kalba*, skaidria, palyginti plačia *sistematika* ir iki detalių ištobulintą Vokietijos civilinio kodekso „abstrakčią kazuistiką" pakeitė *sąmoningu* teisinio reguliavimo *neišbaigtumu,* dažnai nustatančiu vien tik išorinius rėmus, kuriuos turi užpildyti teisėjas, vadovaudamasis tinkamumo, protingumo ir teisingumo kriterijais.

Eugeno Huberio didžiausias tikslas buvo parašyti suprantamą ir aiškų kodeksą:

Kodeksas turi atspindėti liaudies mąstymą. Nuovokus vyras, skaitantis šį kodeksą, turi jausti, jog šis yra parašytas iš jo širdies... Todėl įstatymų leidėjo valia, jei tik tai yra suderinama su specialia medžiaga, turi būti suprantama kiekvienam arba bent jau tiems asmenims, kurių profesiniai santykiai yra sureguliuoti įstatymu. Teisės teiginiai turi turėti prasmę ir ne specialų parengimą gavusiems asmenims, net jei specialistas bet kuriuo atveju iš jų galės spręsti daugiau nei kiti (*Huber*, ten pat, p. 2, 12).

Yra išvengta specialių juridinės technikos sąvokų ir nukreipimų į kitus kodekso straipsnius; yra atsisakyta pretenzijos tam tikromis sakinių konstrukcijos ypatybėmis nustatyti įrodinėjimo pareigos teisinį reguliavimą. Vietoj to visur yra įtvirtintos vaizdžios ir prasmingos formuluotės ir išsireiškimai: „Sutuoktiniai kartu, kiekvienas pagal savo galimybes, rūpinasi jiems priklausančiu šeimos išlaikymu" (163 str. 1 d.); „Sutuoktinis, kuris rūpinasi namų ūkiu ir vaikais arba padeda kitam sutuoktiniui jo profesinėje veikloje ar versle, turi teisę reikalauti, jog kitas sutuoktinis jam reguliariai skirtų atitinkamą pinigų sumą" (164 str. 1 d.); žemės sklypai gali būti apsunkinti servitutais, jei juos „tam tikru atžvilgiu" kiti asmenys naudoja šaudymo pratyboms arba keliams ir takeliams (781 str.); „santuoka asmenį daro pilnamečiu" (14 str. 2 d.); „kiekvienas turi teisnumą" (11 str. 1 d.) ir t.t. Todėl visada, kartais netgi teisinio „tikslumo" kaina; paprastam sakiniui teikiama pirmenybė prieš sudėtingą, trumpam kodekso straipsniui – prieš ilgą, vokiškam pavadinimui – prieš užsienietišką, vaizdingam išsireiškimui – prieš blyškesnę, nors ir tikslesnę formuluotę (plg. apie visa tai *Huber*, ten pat, p. 14).

Savo *sistematika* – penkiomis dalimis apie asmeninę, šeimos, paveldėjmo, daiktinę ir prievolinę teisę Šveicarijos civilinis kodeksas apskritai seka pandektinio mokslo išplėtotu skirstymu (*Huber*, ten pat, p. 20). Tai, jog prievolinė teisė yra paskutinėje vietoje, turi istorines priežastis ir remiasi teisiniu bei etiniu įsitikinimu, kad asmeninė ir šeimos teisė nusipelno pirmenybės prieš turtinės apyvartos teisę; nebūtų darnos, jeigu po prievolinės teisės, kuri, įtraukus prekybos ir įmonių teisę, išaugo iki 1100 straipsnių, dar būtų sekusios palyginti trumpos daiktinės ir paveldėjimo teisės dalys. Tačiau Šveicarijos civilinis kodeksas nukrypo nuo pandektinio mokslo išplėtotos sistemos: jis neturi bendrosios dalies. Tai iš dalies galima paaiškinti tuo, jog visos kantoninės kodifikacijos bendrosios dalies išvengė be nuostolių. Kita vertus, senojoje 1881 metų prievolinėje teisėje buvo bendrosios *sutarčių* teisės normos: jei iš jų būtų buvę norėta padaryti bendrąsias sandorių normas, būtų reikėję iš esmės pertvarkyti visapusiškai akceptuotą prievolinę teisę. Tačiau šveicarai, vadovaudamiesi savo sveiku protu, atidavė pirmenybę faktui, jog bendrųjų normų pagrindinė taikymo sritis yra kaip tik *prievolinė teisė*, „ir

tai yra iš esmės doktrinos postulatas, jeigu reikalaujama, kad jos kodekse būtų surašytos į atskirą bendrąją dalį" (Bundesrato pranešimas apie Šveicarijos civilinį kodeksą [1904] 9). Tai, kas Vokietijos kodifikacijoje yra išskirta kaip asmeninės ir daiktinės teisės bendrosios normos, Šveicarijos civiliniame kodekse yra išdėstyta pagal ryšį su praktiniu taikymu: būtent asmeninėje ir daiktinėje teisėje; vietoj bendrųjų normų apie sandorius Šveicarijos civilinio kodekso 7 straipsnyje yra vien tik nuostata, jog „bendrosios prievolinės teisės nuostatos apie sutarčių sudarymą, įvykdymą ir nutraukimą... yra taikomos ir kitiems civiliniams teisiniams santykiams". Prie aštriausių šios normos kritikų priklausė ir Rabelis. 1912 metais jis išpranašavo, kad ši norma sukels didelių sunkumų, nes teisės doktrina ir teismų praktika, ypač Šveicarijos teismo tarėjai, nesubrendę Šveicarijos civilinio kodekso 7 straipsnio iškeltam uždaviniui; greta praktinio poreikio egzistuojąs ir estetinis poreikis, bendrąja dalimi „ant teisinių normų statinio uždedant stogą"; kitaip likusios kodekso dalys atrodytų „kaip netvarkinga nuolaužų krūva" (RheinZ 4 [1912], p. 142). Tačiau Rabelio pranašystės, atrodo, nepasitvirtino. Šiaip ar taip, Šveicarijoje po penkiasdešimties metų patyrimo su kodeksu nei praktikoje, nei teorijoje nebuvo jaučiama bendrosios dalies trūkumų: „Kategoriškai galima sakyti, jog nuogąstavimai, kad teismai nebus subrendę teisingam prievolinės teisės nuostatų taikymui kitiems civiliniams santykiams, pasirodė nepagrįsti" (*Friedrich*, atspausdinta: Berner Kommentar zum ZGB I 1 [1962] 7 str. Rn. 28; tokios pat nuomonės *Rudolfas Gmüaras*, ten pat, p. 53).

Kitas Šveicarijos civilinio kodekso stiliaus požymis yra jo nuostatų sąmoningas neišsamumas. Jeigu Vokietijos civilinis kodeksas pasižymi tam tikru kodifikaciniu išbaigtumu ir todėl savo abstrakčias pagrindines normas vertina išimtimis ir apribojimais, parengtais labai kruopščiai iki visų smulkmenų, Šveicarijos civilinis kodeksas konkrečiam teisės institutui pateikia kontūrus, kuriuos teisėjas gali užpildyti teismine praktika. „Ten, ... kur prasideda didžiausi sunkumai, į kuriuos vokiečių civiliniame kodekse yra pasineriama su ypatingu malonumu, Šveicarijos civiliniame kodekse nustojama iš viso kalbėti (*Rabel*, RheinZ 2 [1910] 320). Todėl pasitaiko, jog kai kurie klausimai abiejuose kodeksuose yra reguliuojami nevienodai detaliai. Šveicarijos civiliniame kodekse įpėdinių paskyrimui yra skirti 5, o Vokietijos civiliniame kodekse – 47 straipsniai. Sutartis trečiųjų asmenų naudai Šveicarijos civiliniame kodekse yra įtvirtinta 2, o Vokietijos civiliniame kodekse – 8 straipsniuose. Įvaikinimo atveju santykis yra 18 su 32, šeimos turtinės teisės atveju – 74 su 144, paveldėjimo teisėje – 192 su 464 nuostatomis. Žiūrint į visumą, Šveicarijos civiliniame kodekse (įskaitant abu pirmuosius prievolinės teisės skyrius, kurie atitinka Vokietijos CK prievolinę teisę) tiems patiems santykiams sureguliuoti yra skirta 1600 straipsnių, o Vokietijos civiliniame kodekse – 2385 straipsniai, kurie daugeliu atvejų yra ilgesni nei Šveicarijos civilinio kodekso straipsniai.

Toliau Šveicarijos civiliniam kodeksui būdinga yra tai, jog jis ypač plačiai naudoja normasprincipus, kuriuos turi sukonkretinti teisėjas, kurdamas normas, principus, standartus bei grupuodamas tipines bylas ir teisinės argumentacijos variantus. Priešingai, Vokietijos civilinis kodeksas, stengdamasis užtikrinti teisės viešpatavimą ir galimybes numatyti teisminį sprendimą, daug labiau operuoja tiksliai atribotais faktinių aplinkybių požymiais, kurie pagal galimybę turi apriboti teisėjo nuožiūrą. Be abejo, daug normų-principų abiejuose kodeksuose yra tokie pat. Jei Šveicarijos CK kodekso 2 straipsnyje yra nustatyta, kad „kiekvienas, ... naudodamasis savo teisėmis ir atlikdamas savo pareigas, turi vadovautis sąžiningumo ir teisingumo kriterijais", tai Vokietijos CK 157, 242 straipsniuose yra panašios normos, kurių teisinė ir etinė reikšmė dėl jų padėties tarp kitų straipsnių neiškyla taip ryškiai kaip Šveicarijos CK 2 straipsnyje, tačiau jų

funkcija iš esmės yra tokia pat. Dažnai Šveicarijos CK pasitenkinama viena norma-principu arba vienu reliatyviai neapibrėžtu terminu ten, kur Vokietijos CK yra daug tikslesnis, tačiau, kaip parodė plėtojimasis, daug siauresnis ir griežtesnis. Pavyzdžių galima rasti nemažai.

Pagal Šveicarijos CK 28 str. 1 d., Šveicarijos PK 49 str. tas asmuo, kurio asmenines teises pažeidė kitas, gali pareikšti ieškinį prašydamas pašalinti aplinkybes, kurios pažeidžia su jo asmenybe susijusias teises. Esant tam tikroms sąlygoms šis asmuo gali prašyti priteisti piniginę kompensaciją. Šveicarijoje yra sąmoningai palikta teisėjo sprendimui, ką reišia „asmeninių neturtinių teisių" pažeidimas. Šveicarijos teismų praktika buvo nukreipta suteikti teisinę apsaugą tais atvejais, kai yra pakenkta kieno nors „garbei" arba „intymios sferos" apsaugai, o Vokietijos CK kūrėjai sąmoningai delsė į 823 straipsnio 1 dalimi apsaugotų teisių sąrašą įtraukti tokią teisinę vertybę, kaip „garbė" arba „asmeninės neturtinės teisės", nepasiduodančią jokiam tiksliam apibrėžimui. Tik Vokietijos Aukščiausiasis Teismas šioje vietoje, praktika sukūręs „asmenines neturtines teises", pakeitė tradicinę situaciją. Panašiai yra su *moralinės žalos* atlyginimu: ir šiuo klausimu Vokietijoje teismų praktika turėjo išeiti už siauros taikymo apimties Vokietijos CK 243 straipsnio normos ribų. Kaip ir Šveicarijos PK 49 str., Vokietijos teismų praktika pripažįsta „atlyginimą už moralinę žalą pažeidus asmenines teises" tada, kai padarytas ypač sunkus asmeninės teisės pažeidimas (plg. šiuo klausimu 43 str. II). Kitas pavyzdys: jei dėl kieno nors veikos atsiranda žala, Šveicarijoje pagal PK 43 str. 1 d. teisėjo pareiga yra nustatyti, kaip ir kokia apimtimi turi būti atlyginta žala; tai darydamas teisėjas „turi įvertinti kaltės dydį ir jos atsiradimo aplinkybes". Jei turintis atlyginti žalą asmuo šią žalą padarė netyčiniais veiksmais ar dėl didelio neatsargumo, teisėjas gali sumažinti atlygintiną sumą, jei asmuo, dėl kurio veikos atsirado žala, atlygindamas šią žalą patektų į „sunkią padėtį" (Šveicarijos PK 44 str. 2 d.). Šios normos pagal Šveicarijos PK teisės akto 99 str. 3 d. galioja ir tada, kai žalą atlyginti reikia *dėl sutarties pažeidimo*. Šioje vietoje teisėjui yra suteikta papildoma laisvė atlygintinos vertės dydį apskaičiuoti pagal konkretaus sandorio „ypatingą prigimtį" ir vertinti ypač tada, jeigu iš sandorio skolininkas nesiekė jokios naudos". Vokietijos teisėje šiais atvejais vyrauja „viskas arba nieko" principas, pagal kurį žala yra atlyginama visa apimtimi arba neatlyginama iš viso. Vis dėlto jau ilgą laiką diskutuojama apie kodekso pakeitimą, pagal kurį Vokietijoje būtų įvesta lankstesnė Šveicarijos sistema (šiuo klausimu plg. *Lange*, *Wilburg* ir *Hauss*, atspausdinta: Verh.DJT 43 [1960]). Yra nurodoma ir Šveicarijos PK 45 str. 3 d.: pagal ją asmuo, nužudęs žmogų, dėl to atsiradusią žalą turi atlyginti visiems tiems asmenims, kurie dėl nužudymo prarado „maitintoją". Kitaip yra nustatyta Vokietijos CK 844 str.: teisė reikalauti žalos atlyginimo čia yra pripažįstama tik tiems asmenims, kuriuos nužudytasis „pagal įstatymą turėjo išlaikyti arba kuris galėjo tapti tokiu asmeniu". Šis teisinis reguliavimas, be abejo, yra tikslesnis; tačiau jeigu mergina įvykus nelaimingam atsitikimui prarado savo sužadėtinį arba vaikas – patėvį, Vokietijos teisė nenumato teisės reikalauti žalos atlyginimo, nes sužadėtiniui pareiga išlaikyti atsiranda tik po vestuvių, o patėviui „pagal įstatymą apskritai negali būti numatyta pareiga išlaikyti" (kitokį sprendimą Šveicarijos federalinis teismas priėmė byloje BGE 66 II 219, 72 II 165). To, jog kartais gali būti sunku nustatyti, ar sužadėtuvės buvo sudarytos iš tiesų turint tikslą sukurti šeimą arba ar patėvis iš tiesų buvo „maitintojas", Šveicarijos teisė, priešingai nei į teisėtvarkos užtikrinimą orientuota Vokietijos teisė, nevertina. Galiausiai šiuos faktus atitinka tai, jog Šveicarijos deliktinės teisės normatyvinės struktūros viršuje yra norma-principas (plg. Šveicarijos PK 41 str.), o Vokietijos CK yra pasitenkinama daugeliu specialių sudėčių. Bendroji išlyga pagal kodekso kūrėjų požiūrį nebūtų atitikusi „vokiečių tautoje vyraujančios pažiūros į teisėjo tarnybą"; todėl pirmenybę esą reikia suteikti pažiūrai,

jog „teisėjui sprendimo priėmimui jau pačiame kodekse turi būti duotas tam tikras objektyvus standartas" (Protokolle II p. 571). Be abejo, sustabarėjusi Vokietijos CK sistema ilgainiui buvo suardyta teismų praktikos ir iš esmės pakeista norma-principu (plg. šiuo klausimu iš esmės rašiusį *v. Caemmerer*, atspausdinta: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigem Bestehen des Deutschen Juristentages II [1960] 49).

Tai, kad Šveicarijos CK taip sąmoningai buvo orientuotas į kooperaciją su teismų praktika, iš dalies galima paaiškinti tuo ypatingu charakteriu, kurį Šveicarijos teisingumo sistema išsaugojo iki šių dienų. Romėnų teisės recepcija Šveicarijoje, kaip matėme, neįvyko. Tai pirmiausia reiškia, jog teisė nepateko į „išsimokslinusių" teisininkų rankas ir nebuvo „sumokslinta" taip, kaip tai atsitiko Vokietijos Imperijos teritorijoje. Nedideliuose Šveicarijos kantoniniuose kolektyvuose teisės taikymas visuomet išsaugojo liaudiškumo ir vaizdingumo pobūdį, o teise norintis pasiremti pilietis nelaukė, kad teisėjas savo sprendimą išvestų iš aukštesnės tezės ir jį pagrįstų. Teismo sprendimo autoritetas rėmėsi asmeninėmis teisėjo, kurį *skyrė* ne valdymo organai dėl ypatingų specialių žinių, o kuris kaip gerbiamas pilietis buvo reguliariai *renkamas* teismo apygardos gyventojų, savybėmis. Ši tradicija Šveicarijoje tebegyvuoja ir šiandien: žemesnė nei federalinio lygmens teismų santvarka ir civilinio proceso teisė gyvuoja kaip kantoninė teisė, o kai kuriuose kantonuose pirmosios instancijos teismų teisėjai yra teisininkai mėgėjai, kuriems padeda vien tik specialų išsilavinimą turintis „teismo raštininkas", kuris daugiausia redaguoja teismo sprendimus. Kad esant šioms aplinkybėms civiliniame kodekse yra suformuluotos bendresnio pobūdžio, daugeliu atžvilgių sąmoningai neišbaigtos normos ir kad jis yra parašytas visiems suprantama kalba, yra labai natūralu: prieš kiekvieną pernelyg kvalifikuotą, „moksliniu pagrindu" atliktą kodifikaciją būtų griebiamasi referendumo iniciatyvos.

Be to, reikia įvertinti ir tai, jog kuriant civilinį kodeksą reikėjo įveikti sunkią užduotį – atlikti teisės unifikaciją federalinėje valstybėje, kurios nariai nuo neatmenamų laikų ypač vertino savarankiškumą ir kurie baigiantis praėjusiam šimtmečiui buvo išleidę savų kodeksų. Todėl civiliniame kodekse daugelyje vietų reikėjo palikti vietą kantonuose galiojančiam teisiniam reguliavimui, ypač tais atvejais, kai teisė ypač glaudžiai būdavo susijusi su vietiniais santykiais (kaip kaimynystės teisėje) arba su kantoniniu biurokratiniu procesu (kaip globos teisėje). Kartais kai kuriais klausimais atvirai nukreipiama į vietinę praktiką arba į „įprastinę, vietoje gyvuojančią sampratą" (plg. Šveicarijos PK 642, 644 str.). Šveicarijos CK konkrečiam teisės institutui paprastai leidžia suteikti vietinį turinį – taip yra hipotekos teisėje, kuri gali būti atlikta lakšto, ypatingomis žemės įkeitimo formomis, kaip *Guelt* ir *Grundpfandverschreibung*. Šie ypatingi Šveicarijos teisės unifikacijos sunkumai, be abejo, prisidėjo prie to, jog įstatymų leidėjas visose vietose vengė pernelyg detalizuotai reguliuoti konkrečius klausimus ir sukūrė jam priimtiniausią erdvę teisėjo nuožiūrai; kitaip kantonai būtų jautęsi įžeisti ir būtų padidėjęs referendumo pavojus.

Šiame kontekste taip pat galima suprasti, kodėl garsusis Šveicarijos civilinio kodekso 1 straipsnis atvirai pripažįsta pozityviosios teisės sistemos spragas, šias spragas paveda užpildyti teisėjui ir kartu pateikia jam standartus, į kuriuos turėtų orientuotis. 1 straipsnio 2 ir 3 dalyse tai yra suformuluota taip:

Jei įstatyme nėra numatyta reikiama norma, teisėjas turi spręsti pagal paprotinę teisę, o jei ir šios nėra, jis turi spręsti pagal normą, kurią jis nustatytų būdamas įstatymų leidėju. Tai darydamas jis privalo vadovautis nusistovėjusia doktrina ir tradicija.

Šioje nuostatoje, be abejo, nėra nieko esmingai naujo, nes nuo įstatyminio pozityvizmo, pasižymėjusio tobula teisine terminija, įveikimo laikų visur yra pripažinta, jog pozityvioje teisės sistemoje, kai neberandama nuovokių įstatymo aiškinimo ir analogijos taikymo galimybių, visada lieka teisės spragų, kurias privalo užpildyti teisėjų kūryba. Tačiau nuostabą ir pritarimą sukėlė tai, kokioje aiškioje vietoje ir kokia puikia kalbine forma ši idėja yra išreikšta Šveicarijos civiliniame kodekse. *Pour la première fois, peut-être, on voit un législateur moderne reconnaître officiellement, et en une formule générale, comme son auxiliaire indispensable, le juge* (*Gény*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II) [1954] 328. Greta to dėmesio verta yra tai, kad Šveicarijos CK 1 straipsnis teisėjui neleidžia užpildyti teisės spragos grynai savo subjektyvaus, tik į konkrečios bylos sprendimą orientuoto teisės jausmo pagrindu. Atvirkščiai, konkrečiu atveju jis turi spręsti remdamasis bendra *norma*, o šią normą jis turi rasti vadovaudamasis „nusistovėjusia doktrina ir tradicija". Į priekaištą, jog ir tai padarius teisėjui lieka dar per didelė laisvė ir savarankiškumas, Huberis tinkamai atkerta:

> [Teisėjas] bus laisvesnis, nei yra šiandien, jei iš jo bus reikalaujama padaryti viską, net jei tai bus daroma labai abejotinai interpretuojant įstatymą. Tačiau jis kur kas geriau atlieka savo pareigas, jei tokių fokusų iš jo nereikalaujama. Jis turi turėti teisę pastebėti teisės spragas, kurių negalima užpildyti jokiu aiškinimu. Tai nustatęs jis priima sprendimą ne todėl, kad kodeksas turi spragų, o todėl, jog teisės sistemoje yra spragų, ir nustato teisės normą, kurią jis, kaip įstatymų leidėjas, laikytų tinkama pagal santykį su visa teisės sistema (*Huber*, p. 37).

Iš viso to išplaukia, jog būdingi Šveicarijos CK bruožai yra labai paveikti Šveicarijoje gyvuojančių specifinių santykių ir teisinio gyvenimo tradicijų. Į šią aplinkybę reikia nuolatos atsižvelgti lyginant Šveicarijos CK ir Vokietijos CK. Ypač neleistina abiejų kodeksų lyginti pagal kriterijus, kurie nebuvo svarbūs kuriant šiuos kodeksus kūrėjams tomis istorinėmis, politinėmis ir socialinėmis aplinkybėmis. Vokietijoje teisininkai XIX šimtmečio pabaigoje buvo praėję pandektistikos mokyklą ir todėl buvo paruošti dirbti su techniškai išdailintomis, taigi ir teisinį saugumą žadančiomis kodifikacijomis; tuomet jiems kodeksas, kuris, kaip Šveicarijos kodeksas, daugelio svarbių klausimų sprendimą užkrauna ant teisėjo pečių, būtų reiškęs grįžimą į „ikimokslinę" padėtį. Atvirkščiai, kantoninė teismų praktika Šveicarijoje buvo pernelyg liaudiška ir įsišaknijusi, Šveicarijos teisėjai pernelyg menkai teisiškai išsilavinę, kad būtų galėję leistis į tokią kodifikaciją, kaip Vokietijos, kurios sistematika buvo reikli, sunkiai įkandama ir pedantiška, o kalba – disciplinuota, tiksli ir kanceliarinė. Vis dėlto mes drįstame iš anksto pasakyti vieną dalyką: jei ateis diena, kai reikės imtis *Europos civilinio kodekso* projekto, tikriausiai bus orientuojamasi ne į Vokietijos, o į Šveicarijos CK stilių. Ne todėl, kad lemtų tokio kodekso *liaudiškumo* idealas; šis idealas, kad ir koks prasmingas jis atrodytų šveicarišku kodeksu besižavintiems asmenims, modernių gyvenimiškų santykių fone šiandien Europoje atrodo gryna romantika. Į spragų užpildymą orientuotas Šveicarijos modelis nusipelno pirmenybės dėl dviejų kitų priežasčių: pirma, todėl, kad nesuteikus tam tikros erdvės teisėjo judėjimo laisvei atrodo neįmanoma realizuoti europinės teisės unifikacijos idėjos; antra, todėl, jog mes dabar geriau supratome ir išmokome vertinti procesą, kai teisėjas pamažu plečia suformuluotos įstatymo nuostatos taikymo apimtį, ir mes nebematome pavojaus teisės saugumui, kurį matė pozityviai nusiteikę Vokietijos CK kūrėjai.

Jau *Eugenas Huberis* svarstant Šveicarijos CK projektą Nacionalinėje taryboje išreiškė viltį, kad Šveicarijos teisė po unifikacijos būsianti teise, kuri „besiplėtojant tarptautinei teisei sulauks visiškai kitokio atgarsio nei kantoninė teisė. Tai būsianti teisė, kuri, jei vėliau būtų prieita prie *Europos kodekso* kūrimo, darysianti anaiptol ne menkiausią poveikį šiam procesui“ (cituota pagal *Egger*, atspausdinta: Vom Krieg und vom Frieden, Jubiliejinis leidinys, skirtas *Maxui Huberiui* [1944] 44). Palyginkime ta pačia tema taip pat *A.B. Schwarz*, p. 55, *Rudolf Gmür*, p. 195, ir ypač *Hans Merz*, p. 589.

III.

Dėl savo vidinių pranašumų Šveicarijos civilinis kodeksas rado platų atgarsį užsienyje. Tarp kodifikuotos privatinės teisės šalių nebuvo įstatymų leidėjo, kuris, kurdamas naujus civilinius kodeksus, pavyzdžiui, Italijoje ir Graikijoje, arba reformuodamas galiojančius įstatymus daugeliu klausimų nebūtų panaudojęs šveicarų patyrimo (šiuo klausimu palyginkime išsamiai rašiusį *Andreas B. Schwarz,* ten pat). Tačiau *totalinė* Šveicarijos CK *recepcija* įvyko tik *Turkijoje*. Čia po to, kai 1922 metais Kemalis Atatiurkas paskelbė Respubliką, Šveicarijos kodifikacija beveik be pakeitimų (įskaitant prievolinę teisę) 1926 metais buvo įgyvendinta kaip naujas Turkijos CK.

Kodėl Turkijos įstatymų leidėjas apsisprendė įgyvendinti Šveicarijos civilinį kodeksą, nevisiškai aišku. Hirschas, kuris daugelį metų dėstytojavo Turkijoje ir teisiniais klausimais konsultavo Turkijos vyriausybę, tai suveda į „atsitiktinumą“, kuris glūdi tame, jog tuometinis Turkijos teisingumo ministras teisės studijas baigė Šveicarijoje ir iš savo mokytojų įgijo įsitikinimą, jog Šveicarijos įstatymai esą moderniausi ir geriausi pasaulyje: „Jei teisingumo ministras būtų studijavęs Vokietijoje, jis taip pat entuziastingai būtų pasiūlęs perimti Vokietijos civilinį kodeksą..., kuris galbūt nėra moderniausias Civilinis kodeksas, tačiau ... gilia scholastine tradicija sekantiems turkų teisininkams tinka kur kas labiau nei laisvai suformuluoti, į tikslų teksto aiškinimą neorientuoti ir labai daug spragų turintys šveicarų įstatymai (ten pat, p. 206). Sauser-Hallis mano priešingai. Jis įsitikinęs jog Turkijos įstatymų leidėjo apsisprendimui lemiamos įtakos turėjusios formalios Šveicarijos CK savybės, ypač jo trumpumas, aiškumas ir nedidelė apimtis. Dar viena svarbi aplinkybė buvusi, jog prancūzų kalbos žinios Turkijoje buvusios labiau paplitusios nei vokiečių, todėl Šveicarijos CK prancūziškos redakcijos vertimas ir prancūziškų komentarų panaudojimas esą sudaręs mažiau sunkumų (ten pat, p. 345).

Šios recepcijos procesas dėl savo savitumo nusipelno ypatingo dėmesio. Per jį, siekdamas radikaliai modernizuoti Turkijos gyvenimą, įstatymų leidėjas vienu ypu panaikino šimtmečius galiojusius islamo teisinius papročius, kurie nuo Osmanų imperijos paskutinių sultonų atliktų teisinių reformų laikų galiojo nepakeisti; vietoj jų įsigaliojo kodeksas, parengtas visiškai kitos socialinės, religinės ir ekonominės struktūros visuomenei. Jokioje kitoje pasaulio valstybėje nebuvo toks ryškus užsienio teisės recepcijos procesas, perimtojo kodekso teksto aiškinimas ir perimančiosios šalies socialinėje tikrovėje įsitvirtinusių papročių tarpusavio sąveika; vykstant šiems procesams pamažu ėmė išsikristalizuoti nauja savito pobūdžio teisė.

Šveicarijos teisės recepcija sukėlė ypač didelių ir dar iki šiol nepašalintų sunkumų šeimos teisėje. Taip, pavyzdžiui, pagal senąją teisę santuoka laikoma įvykusia, kai sužadėtiniai arba jų tėvai dalyvaujant liudytojams paskelbdavo sudarę atitinkamą sutartį; buvo įprasta, tačiau santuokos galiojimui nebūtina, į ceremoniją pakviesti islamo religijos dvasininką. Kai naujasis civilinis kodeksas 1926 metais įvedė privalomą civilinę santuoką, valstiečiai ir smulkūs buržua,

sudarę Turkijos gyventojų daugumą, laikėsi senųjų papročių – juo labiau kad naujojo stiliaus santuokos nebuvo galima nutraukti išvarymu; taigi skaičius vaikų, kurie pagal rašytinę teisę buvo nesantuokiniai, bet pagal liaudies įsitikinimą santuokiniai, pamažu pasidarė toks didelis, jog specialiais įstatymais teko vėl iš naujo leisti legitimuoti šiuos vaikus. Šiuo klausimu ir kitomis Šveicarijos teisės recepcijos Turkijoje problemomis palyginkime *Hirsch, Pritsch, Starr/Pool* ir *Velidedeoglu* darbus bei įvairių autorių darbus, atspausdintus Annal.Fac.Istanb. 5 (1956).

III. ANGLOAMERIKIEČIŲ TEISINĖ ERDVĖ

14. ANGLIJOS BENDROSIOS TEISĖS *(COMMON LAW)* RAIDA

Baker, An Introduction to English Legal History (1990); *Brunner*, Geschichte der englischen Rechtsquellen im Grundriss (1909); *van Caenegem*, The Birth of the English Common Law (1988); *R. David*, Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre (1948); *to paties autoriaus*, English Law and French Law (1980); *Donahue*, Ius commune, Canon Law and Common Law in England, Tul.L.Rev. 66 (1992) 1745; *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung II (1977); *Hanbury*, English Courts of Law (Yardley redakcija, 1979); *Holdsworth*, A History of English Law, 16 tomų (1903 ir kt.); *to paties autoriaus*, Some Makers of English Law (1938); *Maitland*, The Form of Actions at Common Law (1936); *Manchester*, Modern Legal History of England and Wales 1750-1950 (1980); *Milsom*, Historical Foundations of the Common Law (1981); *Peter*, Actio and Writ, Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe (1957); *to paties autoriaus*, Englisches Recht, veikale: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte I (Leidėjas: Erler ir E.Kaufmann, 1967) 922; *to paties autoriaus*, Römisches Recht und englisches Recht (1969); *Plucknett*, A Concise History of the Common Law (1956); *Pollock/Maitland*, The History of English Law Before the Time of Edward I, 2 tomai (1898, naujas leidinys 1952); *T.B.Smith*, British Justice: The Scottisch Contribution (1961); *to paties autoriaus*, Scotland, The Development of Its Laws and Constitution (1962); *to paties autoriaus*, Studies Critical and Comparative (1962); *Stein*, The Influence of Roman Law on the Law of Scotland, Jur.Rev. 1963, 205; *to paties auroriaus*, Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today (1969); *to paties autoriaus*, Logic and Experience in Roman and Common Law, Boston U.L.Rev. 59 (1979) 433; *to paties autoriaus*, Roman Law, Common Law, and Civil Law, Tul.L.Rev. 66 (1992) 1591; *Walker*, Some Characteristics of Scots Law, Mod.L.Rev. 18 (1955) 321; *to paties autoriaus*, The Scottish Legal System (1976); *Willock*, The Scottish Legal Heritage Revisited, veikale: Grant (Leidėjas), Independence and Devolution, The Legal Implications for Scotland (1976) 1.

I.

Kontinentinės Europos teisininkui anglų teisė visada atrodė kiek neįprasta ir puiki. Studijuodamas anglų teisę, kiekviename žingsnyje jis susiduria su teisiniais institutais, procedūromis bei tradicijomis, kurioms nėra analogų kontinentinės Europos teisės sistemose. Ir priešin-

gai, anglų teisėje jis dažnai pasigenda to, kas, jo manymu, yra būtina sąlyga vykdant teisingumą, pavyzdžiui, civilinio, prekybos bei civilinio proceso kodeksų, logiškos ir vieningos teisinių terminų sistemos. Vietoj to jis randa teisinę techniką, kurios pagrindą sudaro ne įstatymų tekstai ir jų aiškinimas, ne gyvenimo aplinkybių sąvokų išskaidymas ir jų „susisteminimas", bet susisteminti teisminiai precedentai. Anglų teisininkai yra linkę smulkiai išgvildenti iškilusias problemas, o padarytas išvadas argumentuoti konkrečiais ir istoriniais, o ne abstrakčiais ir susistemintais faktais.

Tik anglų teisės sistemos suvokimui būtina žinoti jos istorinę raidą. Žinoma, dabar kontinentinėje Europoje egzistuojančias teisės sistemas taip pat galime suvokti tik žinodami jų istoriją. Žymus Holmso posakis: *The life of the law has not been logic: it has been experience* (*The Common Law* [1881] 1) gali būti pritaikytas ne vien angloamerikiečių teisės šeimai, kuriai jis pirmiausia ir buvo skirtas. Įvairių šalių teisės sistemos daugiau ar mažiau yra susijusios su savo praeitimi ir, nepaisydamos visų socialinių bei ekonominių pokyčių, išlaiko tradicines mąstymo formas, tačiau vis dėlto glaudžiausias ryšys su savo tradicija būdingas anglų teisei. Tiesą sakant, vienintelė šalis – Anglija – ilgus šimtmečius išliko ištikima savo teisės taikymo stiliui. Lygiai taip pat vienintelės šalies – Anglijos – teisė yra apsaugota nuo esminių sukrėtimų. Tuo tarpu *Vokietijoje romėnų teisė* daugelyje sričių buvo receptuota *in complexu*, o Prancūzijoje, nors ji paprotinės teisės ir neišstūmė, tačiau iš esmės paveikė teisinius principus, anglų *Common Law* (bendrojoje teisėje) romėnų teisė nežymią įtaką padarė tik šalies pakraščiuose. Anksčiau Anglijoje pritarimo neturėjo ir *kodifikacijos idėja* – prigimtinės teisės šalininkų bei švietimo epochos sukurtas supratimas, jog šūsnį labai pagausėjusios ir išsibarsčiusios teisinės medžiagos reikia pašalinti, tarsi „išmesti šlamštą" ir nulieti visiems suprantamą formą. Pagaliau Anglijoje nebuvo tokių audringų *politinių perversmų* kaip Prancūzijoje 1789 metais, kai revoliucija pašalino *ancien régime* teisę ir ją pakeitė radikaliai nauja teisės sistema, kuri, kaip anksčiau nurodėme, nors ir išlaikė senus institutus, vis dėlto buvo pagrįsta iš esmės skirtingais principais. Tokio smarkaus pasikeitimo Anglijos teisė nėra patyrusi per visą savo gyvavimą.

Dėl to yra būtina, kad mūsų nedidelis įvadas į angloamerikiečių teisę prasidėtų nuo pagrindinių anglų teisės istorijos momentų aprašymo. Tai paaiškintų, kodėl Anglijoje nebuvo nei romėnų teisės recepcijos, nei kodifikacijos, ir tai, kas lemia anglų teisės plėtojimosi nepertraukiamumą, sukeliantį susižavėjimą ją analizuojantiems europiečiams, ypač teisės istorikams. Toks ekskursas į teisės istoriją bus naudingas ir tam skaitytojui, kuris nesidomi istorija, nes priešingu atveju jis nesuprastų dabartinės bendrosios teisės, kurios savas ypatingas stilius, juridinės technikos terminologija bei savitas teisės suskirstymas į institutus.

II.

Anglų teisės istorija prasideda 1066 metais, kai normanai, vadovaujami Vilhelmo I, mūšyje prie Hastingso sutriuškino anglosaksus, ir taip sudarė sąlygas ateityje beveik visą britų salą valdyti normanams. Tiesa, dar ir prieš tai, valdant anglosaksų karaliams, Anglija buvo laisvai sujungtas valstybinis darinys su savo paprotine teise, kuri, valdant Alfredui Didžiajam (871–900), jau buvo užfiksuota raštu. Nors Vilhelmas I šios teisės tradicijos nepanaikino ir todėl 1066 metais anglų teisė iš esmės nebuvo pakeista, tačiau tolesnė normanų karalių įtaka jai yra tokia didelė, jog į prieš tai buvusią anglų teisės raidą galime paprasčiausiai nekreipti dėmesio.

Vienas iš didžiausių Vilhelmo I ir jo įpėdinių laimėjimų yra vienodos, griežtai sureguliuotos lenų sistemos su karaliumi, kaip aukščiausiu feodalu, priešakyje sukūrimas. Vilhelmas laikė save teisėtu anglosaksų karūnos paveldėtoju, o savo priešininkus – maištininkais. Dėl šios priežasties Vilhelmas nusavino visą jų žemę ir išdavė ją kaip leną maždaug 1500 svarbiausių savo palydovų, privalėjusių prisiekti jam ištikimybę, o už perleistą žemę privalėjusių arba tarnauti karaliui, arba mokėti mokesčius. Be to, šia žeme jie galėjo leisti naudotis savo vasalams. Taip Anglijoje jau labai anksti įsiviešpatavo suvokimas, jog kiekvienu atveju teisę į nekilnojamąjį turtą tiesiogiai ar netiesiogiai suteikia karalius. Jau nuo XIII a. galioja terminas *feodum* arba *feudum* (angliškai: *fee*), kuris kontinente dažniausiai reiškė su karo tarnyba susijusių riterių leną. Anglijoje šis terminas apibūdino *bet kurią* paveldimą naudojimosi žemės sklypu teisę. Ir netgi šiuolaikinė anglų nekilnojamojo turto teisė remiasi iš tiesų praktikoje bereikšmiu supratimu, jog Anglijoje visa žemė yra karaliaus nuosavybė, o pilietis tam tikru žemės sklypu gali turėti tik ribotą naudojimosi teisę (apie tai išsamiau palyginkime *Megarry/ Wade*, The Law of Real Property [1975] 13 ir kt.; *Gray*, Elements of Land Law [1993] 51 ir kt.).

Tiek Vilhelmas I, tiek jo įpėdiniai rūpinosi tuo, kad jų magnatų žemės valdos būtų geografiškai išbarstytos. Tik šalies pakraščiuose jie leido kurti plačias lenų teritorijas, kurios galėjo apsaugoti nuo nepaklusnių škotų bei velsiečių ir kurios nesudarytų rimto pavojaus centrinei valdžiai. Taip anglų karaliaus vasalai niekada nepasiekė tokios galios, kokią turėjo stambieji Prancūzijos ar Vokietijos feodalai, kurių politinė įtaka dažnai būdavo didesnė nei jų siuzerenų. Todėl Prancūzijos feodalai karaliaus valdžiai pakluso tik XIV amžiuje, o viduramžių Vokietijoje jie *niekada* visiškai nepakluso karaliaus ar kaizerio valdžiai.

Griežta lenų piramidės struktūra ir su ja susijęs valdžios sutelkimas karaliaus rankose bei kuriant kitas valstybes pasitvirtinę normanų organizatoriški sugebėjimai sudarė sąlygas ir toliau valdymo funkcijas sutelkti karaliaus administracijos rankose. Jau Vilhelmas I, 1086 metais visus šalyje egzistuojančius nuosavybės santykius užfiksavęs žemės kadastre *(Domesday Book)*, apmokestinimui suteikė naują pagrindą. Vasalų mokamus mokesčius nuodugniai tikrino *Curia Regis* – iš karaliaus ir jo patarėjų sudaryta Valstybės taryba. Valdant Henrikui I (1100–1135) *Curia Regis* pamažu virto pagrindine iždine – *Scaccarium Regis* (angliškai: *Exchequer*); ji buvo ne tik kontroliuojantis organas, bet sprendė visus su apmokestinimu susijusius klausimus ir pamažu vis labiau panašėjo į teismą.

Didėjantis centrinės karaliaus administracijos kišimasis į civilinį ir baudžiamąjį teisingumą daugiausia turėjo fiskalinį pagrindą (plg. *Holdsworth,* II p. 173 ir kt.). Pagrindiniai mokesčių mokėtojai buvo stambieji žemvaldžiai, todėl reikėjo, kad *Curia Regis* spręstų ir privačius teisinius ginčus dėl didelių žemės valdų, ypač, jei jų savininkai buvo *tenants in chief.* Jų teisė naudotis žemės sklypu kilo tiesiogiai iš karaliaus. Tačiau karaliui rūpėjo ir vykdyti teisingumą baudžiamosios teisės reguliavimo sferoje. Kad reguliariai būtų mokami mokesčiai, šalyje turi viešpatauti taika. Tam tikslui bylos dėl sunkių nusikaltimų priskiriamos išimtinai karaliaus jurisdikcijai, taigi baudų bei konfiskuoto turto dėka jis papildomai gauna dideles pajamas. Taip XII ir XIII a. karališkoji justicija iš specialios kompetencijos teisminio organo, nagrinėjančio ginčus, kurių šalis yra valstybė, pamažu virsta bendros jurisdikcijos teisminiu organu, turinčiu didelę kompetenciją. Ši padėtis lėmė tai, jog iš *Curia Regis* laipsniškai išsi-

rutuliojo Vestminsteryje nuolat veikiantys trys centriniai teismai, kuriuose dirbo profesionalūs teisėjai ir kurie galėjo veikti nedalyvaujant karaliui. 1300 metais nustatyta jų kompetencija nepakito iki pat XVII amžiaus.

Šalia *Court of Exchequer* buvo ir *Court of Common Pleas*, nagrinėjęs privačių asmenų „paprastus ieškinius" ir kartu buvęs žemesnės instancijos teismų kontrolės organu bei kasacine instancija, kuriam nuo 1066 metų vadovavo karaliaus tarnautojai *(sherifs)*. Trečiasis teismas – *Court of King's Bench* daugiausia nagrinėjo didelės politinės reikšmės bylas. Be to, nuo XII a. karaliai vis dažniau į provinciją siuntė „keliaujančius teisėjus" *(iusticiarii itinerantes)*, kurie pakeitė teisme pirmininkaujančius *sherifs* ir karaliaus vardu vykdė teisingumą. Tokia tvarka Anglijoje tam tikru mastu galioja dar ir šiandien.

Taip prasidėjo procesas, kuris vėliau privedė prie didelio teisingumo sistemos centralizavimo ir Anglijoje galiojusios teisės unifikavimo. Miestų vietinių teismų bei feodalų reikšmė vykdant teisingumą vis menkėjo ne tik todėl, kad karaliaus teisėjai buvo labiau gerbiami ir rėmėsi karaliaus autoritetu, bet ir todėl, kad karaliaus *teismų procesas* bei šiuose teismuose vykdomas *ieškinių* patenkinimas buvo daug modernesnis ir pažangesnis. Žingsnis po žingsnio laipsniškai buvo išstumiamos dar iš anglosaksų laikų paveldėtos paprotinės normos. Nors formaliai paprotinės normos niekada nebuvo panaikintos, bet, turint omenyje, kaip smarkiai didėjo karaliaus teisėjų taikomos teisės svarba, šių normų įtaka vis mažėjo. Taigi Anglijoje jau labai anksti susiformuoja vieninga, būtent dėl to bendrąja teise *(common law)* vadinama, teisė. Prancūzijoje vieninga teisė *droit commum français* sukuriama tik XVI a., Vokietijoje *gemeines Recht* tik XIX amžiuje (tik pandektų mokytojų teorijoje). Todėl Anglijoje niekada nebuvo labai svarbi kodifikacijos idėja, kurią kontinentinėje Europoje skleidė švietimo filosofija bei prigimtinės teisės teorija, ir kurios įgyvendinimo reikalavo praktika.

Techniniu požiūriu viduramžių teismo proceso pagrindą sudarė vadinamieji *writs*. Viduramžiais *writ* (lot. *breve*) reiškė pasaulietinio ar dvasinio kunigaikščio oficialų laišką su tam tikra žinia, daugiausia nurodymu ar pavedimu, adresatui. Teisėje *writ* reiškė karaliaus paliepimą, kuriame jis trumpai apibūdindavo iškilusį ginčą, o kompetentingam teismo pareigūnui, teisėjui ar teismo pirmininkui įsakydavo susipažinti su ieškiniu ir dalyvaujant šalims išnagrinėti bylą. Tokie paliepimai buvo surašomi vadovaujantis vienašaliu ieškovo prašymu, neišklausant atsakovo bei sumokant mokestį karaliaus vardu aukščiausiajam jo teismo pareigūnui *Capitalis Iusticiarius*, o vėliau – kancleriui. Kadangi ieškovai savo ieškininius reikalavimus pagrįsdavo vis tomis pačiomis aplinkybėmis, labai greitai buvo sukurtas standartinis paliepimo tekstas (praktikoje vadinamas *form of action*), į kurį tereikėdavo įrašyti šalių vardus bei adresus. XII amžiaus pabaigoje kancleris naudojosi maždaug 75 *writs* standartais, kurių skaičius XIII ir XIV a. smarkiai išaugo. Netrukus iš jų buvo sudarytas pusiau oficialus sąrašas *Register of Writs*, plačiai taikomas juristų praktikų.

Dauguma ankstyvojo laikotarpio *writs* buvo skirti iš feodalinės teisės kylantiems ginčams spręsti. Taip, pavyzdžiui, *writ of right* suteikė vasalui teisę reikalauti, kad atsakovas netrukdytų valdyti bei naudotis jam priklausančiu žemės sklypu. *Writ of customs and services* suteikė siuzerenui teisę per Karališkąjį teismą reikalauti, kad jo vasalas tinkamai atliktų savo tarnybą. Savo ruožtu vasalas, remdamasis *writ of replevin*, galėjo reikalauti, jog senjoras grąžintų jam kilnojamąjį turtą, bu-

vusį užstatu už tinkamą pareigų vykdymą (apie tai plačiau palyginkime *Peter*, Actio in Writ, p. 21, 105 ir kt.). Kokią didelę įtaką anglų teisei tuo metu darė „procedūrinis mąstymas“, liudija ir XII bei XIII a. pasirodę aukštų Karališkojo teismo pareigūnų Galnvillo (mirusio 1190) bei Bractono (mirusio 1268) veikalai. Pastarieji veikalai buvo pirmieji kūriniai, pripažinti *books of authority*. Juose visi praktikoje sutinkami *writs*, kuriuos abu minėti autoriai laikė galiojančia teise, buvo susisteminti ir komentuojami. Bractonas galiojančios teisės išdėstymui panaudojo ir Karališkojo teismo sprendimus.

Tuomet buvo labai svarbu, kad prieš prasidedant procesui ieškovas rimtai apgalvotų, kokia ieškininio pareiškimo forma labiausiai atitinka jo bylos aplinkybes ir gali padėti ją laimėti. Šis pasirinkimas buvo ne tik svarbus, bet ir sunkus: svarbus, nes pasirinkus netinkamą *writ* ieškinys turėjo būti atmestas, sunkus, nes *writs* rūšių vis daugėjo ir atskirti jas, iš kurių kiekviena atitiko tik griežtai nustatytas bylos aplinkybes, darėsi vis sunkiau. Be to, reiktų pridurti, jog kievienam *writs* buvo skirtos specialios procedūrinės normos. Būtent ši aplinkybė kancleriui ir teisėjams leido tam tikras *writ* rūšis susieti su modernesne įrodymų sistema ir taip karališkąją justiciją padaryti patrauklesnę visuomenei. Ypač tai pasakytina apie atskiras skundų rūšis su tokiais jau atgyvenusiais laikomais įrodinėjimo metodais, kaip Dievo teismu (pvz., dvikova) bei „nuvalančiąja“ priesaika. Tokių skundų atveju Karališkojo teismo pareigūnai faktų nustatymą perduodavo iš 12 prisiekusiųjų sudarytai *jury*.

Žinoma, kanclerio įgaliojimų leisti naujus *writs* niekas neribojo. Tai jis darė vadovaudamasis savo supratimu apie saikingą ir disciplinuotą teisės tobulinimą. Kartais karaliaus teisėjai neįprastus naujus *writ* laikydavo negaliojančiais. Tokia visiškai niekieno nevaržoma elgimosi su *writ* praktika lendlordams buvo tarsi „krislas akyje“, kadangi teisė nuolat buvo kuriama jiems nedalyvaujant. Todėl 1285 metų II Vestminsterio statute buvo pabandyta sumažinti kanclerio ir jo administracijos įgaliojimus. Šiame statute kancleriui bei jo pareigūnams suteikiama teisė leisti naujus *writ* *„in consimili casu“* tiems atvejams, kuriems *writ* jau egzistavo. Tačiau ginčytinais ar abejonių sukeliančiais atvejais bylą jie privalėdavo perduoti artimiausiam parlamento posėdžiui.

Esant tokiam reguliavimui bendroji teisė XIV–XVII a. išgyveno stebėtino tęstinumo procesą. Per tą laiką vienos ieškinių formos paseno ir buvo pamirštos, iš kitų, priešingai, išsirutuliojo naujos, pamažu savarankiškomis tapusios formos, kurios tapo dar naujesnių ieškininių formų atsiradimo priežastimi. Šio proceso neįmanoma pavaizduoti ir apytikriai. Visgi nors ir trumpai padarysime užuominą į *writ of trespass* raidą (apie tai plačiau *Maitland*, Forms of Action, p. 53, 65 ir kt.). *Writ of trespass* iš pradžių buvo leidžiamas tik tais atvejais, kai vienas asmuo, smurtu ar sulaužydamas taiką, pažeisdavo kito asmens nuosavybę ar kūno neliečiamybę *(vi et armis contra pacem domini regis)*. Tačiau netrukus paaiškėjo atvejų, kai nebūdavo tiesioginio fizinio asmens ar jo nuosavybės užpuolimo arba sukelta žala buvo tik netiesioginė atsakovo neteisėto veikimo ar neveikimo pasekmė. Šiais atvejais kancleris maždaug nuo 1350 metų, oficialiai remdamasis Vestminsterio statuto formuluote *in consimili casu*, suteikdavo *action of trespass sur le case* arba *action on the case*. Šie ieškiniai buvo pradėti visuotinai taikyti ne tik padarius įvairių *deliktinės teisės* reguliuojamų pažeidimų (plg. 40 str., III), bet vėliau tapo ir atsiradusios *sutarčių teisės* pagrindu. Vienoje žymioje 1348 metų byloje ieškinys buvo grindžiamas tuo, kad atsakovas keltininkas per daug prikrovė laivą, kuris dėl didelės perkrovos apsivertė ir todėl žuvo laivu gabentas ieškovui priklausantis

arklys. Bendra ieškinio dėl žalos atlyginimo, pažeidus sutartinius įsipareigojimus, forma tuomet dar nebuvo žinoma. Tiesa, kai kurie sutartinės kilmės reikalavimai galėjo būti pateikti remiantis *writs of covenant* ar *of debt*. Tačiau apie *covenant* negalėjo būti jokios kalbos, nes tokios sutarties nebuvo. *Debt* sąlyga buvo ieškinio iškėlimas tam tikrai iš anksto nustatytai pinigų sumai – būtent paskolai ar nuompinigiams. Ieškinys dėl *trespass* taip pat netiko, nes keltininko veiksmai tiesiogiai nebuvo nukreipti užmušti ieškovui priklausantį arklį. Kancleris leido *action on the case* remdamasis tuo, kad keltininkas pagal savo darbo sutartį visuomenei yra įsipareigojęs *(assumpsit)* nesužalotus laivo keleivių daiktus perkelti į kitą krantą. Pamažu terminas *assumpsit* imamas vartoti kartu su specialia *action on the case* rūšimi, kuri iš pradžių būdavo suteikiama tik tais atvejais, kai keltininkas, kalvis ar gydytojas netinkamai įvykdydavo *visuomenei* duotus įsipareigojimus. Vėliau jos vartojimas išsiplėtė: ją buvo imta taikyti ir kitais netinkamo įvykdymo atvejais, o netrukus ir tuomet, kai sutartiniai įsipareigojimai nevykdomi.

Iš paskutinių puslapių atidžiam skaitytojui turbūt susidaro įspūdis, jog viduramžių bendrosios teisės raida labai panaši į *romėnų teisės* raidą. Iš tikrųjų tiek Romoje, tiek Anglijoje ginti savo teises teisme asmuo galėdavo tik tuomet, kai iš teisingumą vykdančio, bet teisėju nesančio pareigūno (pretoriaus ar kanclerio) gaudavo specialų ieškininį formuliarą *formula* arba *writ*. Tokių tipinių ieškininių formuliarų skaičius visada buvo ribotas. Jie buvo įtraukiami į tam tikrus rejestrus – *edictum perpetuum* arba *Register of Writs*. Per istorinį laikotarpį naujų ieškininių formuliarų, pavyzdžiui, *actiones utiles* ar *writs „in consimili casu"*, laipsniškai daugėjo. Panašių ieškininių formuliarų buvimas tiek Romoje, tiek Anglijoje lėmė tai, kad teisininkai praktikai daugiausiai dėmesio skyrė ne ieškinio turiniui, bet jo priskyrimui vienai ar kitai *ieškininio reikalavimo rūšiai*. Teisininkams labiau rūpėjo konkrečias bylos *aplinkybes* priskirti atitinkamai *actiones* ar *writ* rūšiai, o ne iš esamos teisinės medžiagos, remiantis racionalaus klasifikavimo metodais, sukurti lanksčią galiojančios teisės *sistemą*. Todėl tiek romėnų, tiek viduramžių bendroji teisė buvo smarkiai veikiamos „procedūrinio mąstymo". Abiejose teisinėse sistemose *materialinės* teisės normos atsirado kur kas vėliau nei procesinės teisės normos. Be to, būtina paminėti, jog jos buvo tarsi „išskirtos iš spragų turinčių procesinės teisės normų" (*Maine*, Early Law and Custom [1889] 389). Ir daugeliu kitų atvejų abiejų teisės sistemų istorinė raida, nepaisant daugiau nei vieno tūkstanties metų skirtumo, vyko paraleliai. Todėl teisūs buvo Pollockas ir Maitlandas, sakydami, jog tuo metu Vakarų Europoje glosatoriai ir komentatoriai tik pradėjo *to adopt as their own the ultimate results of Roman legal history, England was unconsciously reproducing that history* (II p. 558).

Išsamiau apie tai palyginkime *Peter*, ten pat, ypač *Actio und Writ*, kuriuose yra puikiai suderinti teisinio-istorinio ir teisinio-lyginamojo tyrinėjimo aspektai. Šis nesąmoningas romėnų bei anglų teisės raidos paralelizmas padeda geriau suprasti neįtikėtiną faktą, jog senovės *romėnų* ir *anglų* teisinė technika turi daugiau tarpusavio panašumų nei *romėnų* ir XIX a. *pandektistų*, tvirtinusių, jog jie remiasi romėnų palikimu, technika: „It may be a paradox, but it seems to be the truth that there is more affinity between the Roman jurist and the common lawyer than there is between the Roman jurist and his modern civilian successor. Both the common lawyer and the Roman jurist avoid generalisations and, so far as possible, definitions. Their method is intensely casuistic. They proceed from case to case, being more anxious to establish a good working set of rules, even at the risk of some logical incoherence which may, sooner or later, create a difficulty, than to set up anything

like alogical system. That is not the method of the Pandectist. For him the law is a set of rules to be deduced from a group of primary principles, the statement of which constitutes the „Allgemeiner Teil" of his structure. It is true that he has to make concessions to popular needs and that the superstructure is not quite so securely based on these fundamental principles as might have been expected. But the point of interest is that this method is not that of the Roman or of the common lawyers" (*Buckland/McNair*, Roman Law and Common Law [1952] XIV).

III.

XIV a. pabaigoje karališkųjų teismų pakilimas kuriant teisę pamažu pradeda slūgti. Paaiškėjo, kad daugeliu atvejų šiuose teismuose bylų nagrinėjimo procedūra yra labai sudėtinga ir formali, o taikoma teisė per griežta ir su daugybe spragų, kad bylos yra pralaimimos dėl techninių klaidų, papirktų liudytojų, procesinių gudravimų ar dėl didesnės vienos iš šalių politinės įtakos. Jau XIV a. šalis, kuriai nepavyko gauti *writ*, arba kuri dėl jau minėtų priežasčių Karališkajame teisme pralaimėjo bylą, galėjo kreiptis į karalių su prašymu, jog šis karaliaus įsakymu oponentą priverstų elgtis reikiamai, kad šis elgesys atitiktų ne griežtas bendrosios teisės normas, bet moralės ir sąžinės nuostatas. Karalius tokius prašymus paprastai perduodavo savo aukščiausiajam pareigūnui – kancleriui, kuris *writ* išleidimo praktikos dėka puikiai išmanė bendrąją teisę ir, be to, turėjo savų teisės ekspertų. Jis, būdamas aukštas dvasininkas – *keeper of the King's conscience* turėjo nuspręsti, ar *in casu* prašytojui turi būti suteikta malonė *for the love of God and in the way of charity.* Laipsniškai šie prašymai imti teikti tiesiogiai kancleriui. Ilgainiui remiantis jo sprendimais sudarytas specialių taisyklių rinkinys, kuris nuo XV a. iki šių dienų vadinamas *Equity.*

Prašymams nagrinėti kancleris sukūrė specialią procedūrą, visiškai kitokią nei Karališkojo teismo procedūros. Jei kancleris manė, jog dėl peticijoje išdėstytų bylos aplinkybių reikia pradėti procesą, jis bylos aplinkybėms apsvarstyti kviesdavo peticijoje nurodytą atsakovą. Šis svarstymas vykdavo ne Karališkajame teisme, bet asmeniškai pas kanclerį. Kviečiama būdavo specialiu *writ*, kuris būdavo paskelbtas grasinant didele pinigine bauda – *sub poena centum librarum*, ir todėl buvo vadinamas *writ of subpoena.* Kadangi kancleris tikrino, ar prašymą pateikęs asmuo teisingai apkaltino atsakovą amoraliu ir nesąžiningu elgesiu, čia visai nesvarbu buvo karališkuosiuose teismuose naudojamos formalios įrodinėjimo taisyklės; prašytojo oponentas, kancleriui prisiekęs sakyti tiesą ir tik tiesą, turėjo išdėstyti bylos esmę ir atsakyti į jo klausimus. Visus sprendimus teisės ir faktų klausimais priimdavo pats kancleris, nedalyvaujant prisiekusiesiems. Jo priimto sprendimo įvykdymą užtikrino gresiantis areštas.

Visą XV a. kancleris sprendimus priimdavo vadovaudamasis vien tik savo nuožiūra. Todėl sprendimams labai svarbu buvo jo religinis požiūris į bylos aplinkybes. Tačiau 1529 m. kancleriu pirmą kartą paskyrus pasaulietį Thomas Mhore'ą, teisingumo *(Equity)* praktika vis labiau ėmė sekti bendrosios teisės pavyzdžiu. Formavosi taisyklės bei doktrinos. Ir nors nuo pradžių jų kūrimosi procesas buvo labai nepastovus ir netvirtas, kancleris, esant panašioms bylos aplinkybėms, į jas nuolat atsižvelgdavo. XVI a. imta reguliariai publikuoti kanclerio sprendimus, todėl jis greitai pajuto, jog jis, kaip ir nuolatinių teismų teisėjai, yra saistomas savo precedentų. Jo veikla vis labiau buvo laikoma *teismine.* Todėl kanclerio įstaiga buvo paversta specialiu Kanclerio teismu, kuriame teisėju nuo pradžių buvo tik pats kancleris, o nuo 1730 metų jam priklausė ir aukščiausias kanclerio pavaldinys – *Master of the Rolls.* XVIII a.

tapo neabejotinai aišku, jog Kanclerio teisme taikomos teisės normos, kurių visuma buvo vadinama *Equity*, kaip ir bendrosios teisės normos, buvo kazuistinės. Sutapo ir šių normų juridinis bei techninis pobūdis.

Taigi, kaip išaiškėjo, terminas bendroji teisė nėra vienareikšmis. Dažnai angloamerikiečių teisės šeima savo visuma apibrėžiama kaip bendroji teisė. Be to, šiam terminui priešpriešinamas terminas kontinentinė teisė, apibūdinantis romėnų teisės šaltinių smarkiai paveiktas kontinentinės Europos šalių teisines sistemas ir dukterines teisines sistemas. *Siaurąja prame* bendroji teisė suprantama tik kaip Anglijos karališkųjų teismų kuriama teisė, kurią, viena, reikia atskirti nuo *statute law*, susidedančios iš parlamento leidžiamų teisės aktų, ir antra, nuo *Equity*. *Equity* reiktų suprasti ne kaip bendrų teisingumo principų visumą, bet kaip materialinės teisės dalį, nuo kitos likusios šios teisės dalies besiskiriančią tuo, kad yra sukurta specialaus – Kanclerio teismo *(Court of Chancery)* praktikos.

Praktiniu požiūriu bene svarbiausias *Equity* normų kompleksas reguliuoja turto patikėjimo teisės santykius (*trusts*, anksčiau vadinama *uses*). Jau XII bei XIII a. tapo įprasta, jog vasalas, siekdamas išvengti su žemės valda susijusių feodalinių prievolių, senjoro jam suteiktą žemės sklypą perduodavo patikėtiniui *(trustee)*. Pastarasis santykiuose su trečiaisiais asmenimis veikdavo kaip šio žemės sklypo savininkas. Tačiau žemės sklypą patikėjusiam vasalui įsipareigodavo leisti iki gyvos galvos juo naudotis bei valdyti, o po vasalo mirties arba jo įpėdiniams tapus pilnamečiais – žemės sklypu nustatytu būdu disponuoti trečiojo asmens (vadinamo *cestui que trust,* arba *beneficiary*) naudai. Kartais atsitikdavo taip, jog patikėtinis atsisakydavo sutartu būdu disponuoti žemės sklypu. Tokiais atvejais žemės sklypą kitiems patikėjęs asmuo karališkiesiems teismams ieškinio pateikti negalėdavo, nes šio reikalavimo įgyvendinimui nebuvo reikiamo *writ*. Be to, to meto teisminės procedūros buvo per daug griežtos ir formalios, kad su jų pagalba būtų galima nustatyti, jog susitarimas tikrai egzistuoja. Esant tokiai situacijai, į pagalbą asmenims, savo žemės valdą patikėjimo teise perdavusiems kitiems, atėjo kancleris. Susitarimą, pažeidžiantį patikėtinio elgesį, jis laikė nesąžiningu ir amoraliu, kaip nusižengimą *good concience*, ir todėl vadovavosi požiūriu, jog nors ginčijama žemės valda *at law*, t. y. pagal bendrosios teisės normas priklauso patikėtiniui, tačiau tuo pačiu *in equity* jis yra įpareigotas žemės sklypu disponuoti taip, kaip numato susitarimas dėl turto patikėjimo teisės. Ši idėja kanclerio teisminėje praktikoje pamažu buvo labai išplėtota ir, žlugus feodaliniams santykiams, sėkmingai pritaikoma kitose teisės šakose. Turto patikėjimo teisės reikšmė taip išaugo, jog šiandien *trust* galima apibūdinti kaip tipinį angloamerikiečių teisės institutą (plg. p. 71).

Equity teismų praktika išplėtojo daugybę pagalbinių teisinių priemonių, kurios daugeliu atvejų papildė menkai išplėtotą bendrosios teisės ieškinių sistemą. Pagal ankstesnę, archainio formalizmo kupiną bendrąją teisę, niekas, kad išvengtų savo teisių pažeidimo, negalėjo preventyviai imtis gynybos priemonių. Priešingai, jis turėjo laukti, kol jam bus padaryta žala, ir tik tuomet paduoti ieškinį dėl nuostolių atlyginimo. Su tokia padėtimi negalėjo taikytis ištobulinta kanclerio sąžinė. Siekdamas užkirsti kelią tam, kad dėl nesąžiningų veiksmų ateityje neatsirastų žalos, esant tam tikroms sąlygoms jis patenkindavo ieškinį dėl prisiimtų įsipareigojimų nevykdymo *(injunction)*. Nuo precedento priklausė, kaip nagrinėti prisiimtų įsipareigojimų nevykdymo panaudojimui reikalingą „tam tikrų sąlygų" atsiradimo faktą. Kancleris kiekvieną kartą turėjo spręsti, kokios aplinkybės leidžia pasinaudoti tuo kaip priemone, tiesiogiai

užkertančia kelią, pavyzdžiui, gresiančiam *sutarties pažeidimui*, o kokios – kaip laikina pagalbine priemone iki galutinio ginčytino klausimo išsprendimo. Šiems bei daugeliui kitų klausimų spręsti kancleris naudojosi ne *dedukciniu* (išplėtojant teisingu pripažintą visuotinį principą), bet *indukciniu* metodu (sprendžiant konkrečią problemą).

Kol *Equity* (teisingumo) ir bendrosios teisės normas taikė skirtingi teismai – tai Anglijoje truko iki 1873 metų, – vienai iš šalių panaudojus *injunction*, kancleris ne kartą vengdavo tam tikrose bylose uždrausti, kad ji pradėtų procesą bendrosios teisės teismuose arba jį tęstų, arba vykdytų jos naudai priimtą sprendimą. Tokia praktika XVII a. sukėlė smarkų konfliktą tarp kanclerio Ellesmere'o ir *Chief Justice* Coke'o. Coke'as tvirtino, jog kancleris negalįs savęs laikyti aukštesniu už bendrosios teisės teismų teisėją, ilgai negalvojant uždrausti neišspręstus teisminius procesus ar kliudyti vykdyti įstatymo galią turinčius šių teismų sprendimus. Ellesmere'as į tai abejingai atsakė, kad *when a judgement [of the Common Law Courts] is obtained by oppression, wrong and a hard conscience, the Chancellor will frustrate and set it aside, not for any error or defect in the judgement, but for the hard conscience of the party* (*Earl of Oxford's Case* [1615], 1 W & T. 615, 21 Eng. Rep. 485, 487). Į šį ginčą buvo priverstas įsikišti karalius Džeimsas I, nesutarimą išsprendęs savo kanclerio naudai. Nuo šio nesutarimo buvo nustatyta, jog, iškilus konfliktams, prioritetas priklauso *Equity* normoms. Tačiau atvirų nesutarimų tarp *Equity* ir bendrosios teisės daugiau niekada ir neiškilo.

Specific performance (sutarties įvykdymo) reikalavimas yra dar viena pagalbinė teisinė priemonė, išsiplėtojusi *Equity* teismų praktikoje. Galimybių pateikti ieškinį, kuris pagal bendrąją teisę būdavo tenkinamas pažeidus sutartį, nebepakako, nes jos atsirado iš *trespass* ieškinio ir todėl visada buvo sujungtos su *nuostolių atlyginimu*. Todėl kancleriui susidūrus su precedentais, kuriems esant sutartį vykdančioji šalis privalėdavo tenkintis nuostolių atlyginimu, tai atrodydavo neteisinga ir esant tam tikroms, pamažu konkretizuojamoms sąlygoms, jis tenkindavo ieškinį dėl *sutarties įvykdymo natūra*.

Apie tai išsamiau palyginkime 35 str. IV. „*Equitable doctrine of part performance*" (šiandien: *doctrine of proprietary estoppel*) taip pat sukūrė kancleris. Jeigu šalys sudarė žemės sklypo pardavimo sutartį, kuri dėl neteisingo įforminimo yra negaliojanti, pirkėjas, šia sutartimi smarkiai pakeitęs savo padėtį *(has materialy changed his position)*, kancleriui gali paduoti ieškinį dėl sutarties įvykdymo *(specific performance)*, nors sutartis *at law* yra niekinė (plg. p. 371). Kitas pavyzdys: bendroji teisė, panašiai kaip ir romėnų teisė, ilgą laiką tvirtai laikėsi nuostatos, jog reikalavimo teisė yra neperleidžiama ir todėl cesionaras, siekiantis, jog jam būtų perleista reikalavimo teisė, ieškinį gali pateikti tik gavęs cedento sutikimą. Šią problemą išspręsti taip pat padėjo kancleris: reikalavimo teises, kurias, priimdamas sprendimus, kūrė pats kancleris, pavyzdžiui, *trust* – privilegijuotojo reikalavimus, jis nedvejodamas pripažindavo perduodamais. Kalbėdami apie reikalavimo teises, kurios buvo tik *at law*, pavyzdžiui, reikalavimai atlyginti nuostolius iš delikto, turime pasakyti, kad pats kancleris šių teisių perleidimo paskelbti negalėjo. Tai būtų reiškę aiškų bendrosios teisės pakeitimą. Bet jis galėjo priimti sprendimą, įsakantį cedentui sutikti pareikšti ieškinį per cesionarą. Esant tokiam sprendimui cesionaras jau galėjo pateikti ieškinį skolininkui – kompetentingam bendrosios teisės teismui (plg. 33 str. IV). Apie minėtas bei kitas teisingumo normas ir doktrinas skaitykite *Schwarz*, Equity, ten pat, p. 122 ir kt., *Weir*, The Common Law System, Int.

Enc. Comp. L., Vol. 2 (1974) 77; taip pat anglų mokomojoje literatūroje, nekreipiant dėmesio į specialiąją literatūrą apie *trust* teisę, – palyginkime *Pettit*, Equity and the Law of Trusts) (1993); *Hanbury/Martin*, Modern Aquity (14) (1993).

Iš pateiktų pavyzdžių matyti, jog teisingumo normos atvirai neprieštarauja bendrajai teisei, nesiekia jos išstumti ar pakeisti. Priešingai, *Equity* teisę tarytum sudaro vien marginalijos, glosos bei bendrosios teisės papildymai, kartais turintys labai didelę reikšmę, ir, tiesą sakant, praktiškai net paralyžiuojantys bendrosios teisės normas. Tačiau viešai kancleris bendrosios teisės atžvilgiu visada elgdavosi pagarbiai ir pabrėždavo, jog jo sprendimai sukuria tik šią teisę *papildančias normas*. Taigi be *Equity* anglų teisę įsivaizduoti sunku, tačiau be bendrosios teisės (siaurąja prasme) – tiesiog neįmanoma. Apie tai Maitlandas rašo:

We ought to think of the relation between common law and equity not as that between two conflicting systems, but as that between code and supplement, that between text and gloss. And we should further rememeber this, that equity was not a self-sufficient system – it was hardly a system at all – but rather a collection of additonal rules. Common law was, we may say, a complete system – if the equitable jurisdiction of the Chancery had been destroyed, there still would have been law for every case, somewhat rude law it may be, and law imperfectly adapted to the needs of our time, but still law for eversy case. On the other hand, if the common law had been abolished equity must have disappeared also, for a every point it presupposed a great body of common law (Equity, ten pat, p. 153).

IV.

Anglų teisės raidai bei jos pobūdžiui labai svarbus buvo tas faktas, jog jau labai anksti susidarė cechiniu principu organizuotas ir didelę politinę įtaką turintis teisininkų luomas. Jau ankstyvaisiais viduramžiais tiek karaliaus dvaro, tiek jo administracijos bei iš jos pamažu išsirutuliojusių karališkųjų teismų rezidencija buvo Londone. Tai lėmė gana didelio teisiškai išsilavinusių žmonių rato susiformavimą. Iš pradžių didžiąją jo dalį sudarė dvasininkai, tačiau netrukus, teisinėms žinioms paplitus visoje visuomenėje, jam ėmė priklausyti ir mėgėjai. Jau tuo metu, beje, panašiai kaip ir dabar, buvo išskiriami *attornati*, arba *attorneys*, t. y. prekybos ir teisinius reikalus išmanantys šalių patarėjai, ir *advocati*, arba *pleaders*, t.y. advokatai, specializuojantys dalyvauti žodiniame bylos nagrinėjime. XIV a. pradžioje šie teisininkai praktikai susijungė į nemažą skaičių autonomiškų korporacijų, arba gildijų *(Inns of Court)*, iš kurių keturios egzistuoja dar ir šiandien: *Lincoln's Inn, Gray's Inn, the Inner Temple* ir *the Middle Temple*. Tokiai teisininkų gildijai vadovavo seniūnai *(benchers)* – vyresnių, sėkmingai dirbančių ir patyrusių advokatų grupė, kuri būdavo papildoma kooptacijos būdu. Ši advokatų grupė atstovavo gildijai santykiuose su kitais asmenimis, kovojo su „nesąžininga" konkurencija, atidžiai saugojo luomo etiketo laikymąsi ir turėjo plačius drausminius įgaliojimus. Anglijoje, kitaip nei kontinentinėje Europoje, kur teisinis išsilavinimas buvo įgyjamas *universitetuose* ir todėl buvo daugiau teorinio nei praktinio pobūdžio, per visus viduramžius iki pat XIX a. jis buvo *Inns of Court* monopolis. Akivaizdu, jog esant tokioms aplinkybėms teisinis išsilavinimas buvo praktinio-empirinio pobūdžio, didesnis dėmesys buvo skiriamas profesiniam ir praktiniam, o ne teoriniam išsilavinimui. Jaunasis teisininkas teisinių žinių įgydavo dalyvaudamas

teismo posėdžiuose, seminaruose, imituojančiuose teisminį bylos svarstymą, kuriuose seniūnai eidavo teisėjo pareigas, klausydami sistemingų, patyrusių advokatų skaitomų paskaitų ir pirmiausia – nuolat intensyviai bendraudami su vyresniais kolegomis, kurie kasdieninėmis diskusijomis apie praktines problemas su jaunimu keldavo savo kvalifikaciją. Pasibaigus šiems mokslams jaunuoliai būdavo šventiškai priimami į advokatus *(call to the bar)*. Kiekvienoje gildijoje tai atlikdavo jos *benchers*. Ši priėmimo į advokatus ceremonija minėtose keturiose *Inns of Court*, be jokio valstybės įsikišimo, vyksta ir šiandien. Advokatų gildijos tikslas – ne tik suteikti jaunuoliams teisinį išsilavinimą, bet ir lavinti bei ugdyti jų charakterį, stiprinti teisininkų luomo solidarumą. Todėl advokatai ir jų mokiniai gyveno arti vieni kitų gildijų namuose, kartu valgė, lankė pamaldas, bendrai naudojosi bibliotekomis, buvusiomis kiekvienoje gildijoje, kartu muzikuodavo, švęsdavo įvairias šventes, rengdavo spektaklius. Netgi yra teigiama, jog Šekspyro pjesės „Ko jūs norite" premjera 1601 metais įvyko gildijos *Middle Temple* pastate.

Jau valdant Henrikui III (1216–1272) pasireiškė tendencija karališkųjų teismų teisėjus rinkti iš advokatų luomo. Ir nuo XIV a. pradžios tai tapo tvirtu įpročiu, kurio laikomasi ir šiandien, nors įstatymiškai jis nėra įtvirtintas. Iš tikrųjų anksčiau teisėjai buvo renkami tik iš ypač mažo advokatų sluoksnio elito, ir būtent iš *serjeants-at-law (servientes ad legem)*. Šį laipsnį, pasiūlius *Court of Common Pleas* teisėjams, kancleris suteikdavo tik ypač gabiems ir labiausiai gerbiamiems advokatams. Dėl šios priežasties jie prarasdavo priklausomybę savo gildijai, tačiau vietoj to tapdavo ypatingos *Serjeants'Inn* nariais, kuriais likdavo ir tapę teisėjais. Santykiai tarp teisėjų ir šio advokatų elito buvo ypač draugiški ir glaudūs todėl, kad jie ne tik nuolat susitikdavo teismo salėje, bet ir kaip tos pačios gildijos nariai nuolat bendraudavo bei diskutuodavo profesiniais klausimais. Todėl teisėjai į aukščiausio rango baristerius *(serjeants)* viešai kreipdavosi „broli" *(brother)*. *Serjeant* savo ruožtu visuose teismo procesuose galėjo dalyvauti kaip *amicus curiae* ir savo pasisakymais remti teisėjavusius „brolius".

XVI a. prieštaravimas tarp teisme atstovaujančių advokatų – baristerių – ir kitų teisinių patarėjų – *attorneys* – pamažu stiprėjo. Iki to laiko abiejų profesijų atstovai priklausė tai pačiai gildijai. Bet baristeriai vis labiau ėmė reikštis ne tik kaip vienos iš proceso šalių atstovai teisme, bet ir kaip nepriklausomi įstatymo tarnai, atliekantys *nobile officium*. Todėl jie atsisakė vykdyti su teismo procesu susijusias technines pareigas ir tiesioginį ryšį su klientu, jeigu šio interesams neatstovavo *attorney*, laikė nepageidaujamu, o honoraro išieškojimą per teismą laikė prieštaraujančiu luomo etikai. XVI a. pabaigoje *attorneys*, turėję tiesioginių ryšių su proceso šalimis, dalyvavę *rengiant* bylą jos nagrinėjimui teisme, ypač rengiant faktinę medžiagą, bei *atstovavę* šalims procese, buvo pašalinti iš narystės juridinėje gildijoje. Tačiau atitinkamai sustiprėjo likusių baristerių solidarumas. Jie specializavosi teisinėse ekspertizėse ir atstovavime teisme.

Šalia *attorneys*, atstovavusių bendrosios teisės teisme, atsirado nauja solisitorių profesija; jie vykdė tas pačias funkcijas kaip ir Kanclerio teismas. 1739 metais *attorneys* ir solisitoriai įkūrė *Society of Gentlemen Practisers in the Courts of Law and Equity*. Ji – Teisės draugijos *(Law Society)* pirmtakė, kuri šiuo metu yra juriskonsultų, vieningai vadinamų solisitoriais, atstovybė (plg. 15 str. III).

Maxas Weberis teigė, jog tam tikros visuomenės teisės stilių parodo profesinis išsilavinimas, profesinė veikla, profesinės organizacijos bei toje visuomenėje toną duodančių teisinin-

kų, Weberio vadinamų *Rechtshonoratioren*, ekonominiai interesai. Paaiškėjo, kad ši mintis, ją perkėlus į anglų teisinę dirvą, esanti labai vaisinga. Kad Anglijos teisininkų elitą nuo senų laikų sudarė ne profesoriai ar valdininkai, o teisininkai praktikai, kad šie praktikai teisėjai bei advokatai žymiausiuose teismuose turėjo glaudžių profesinių bei visuomeninių ryšių, be to, buvo susibūrę į įtakingas profesines organizacijas, kuriose vyravo griežta drausmė, kad juridinės gildijos neapsiribojo vien tik jaunuolių parinkimu bei jų paruošimu advokato profesijai, bet ir monopoliškai valdė teisininkų išsilavinimą – visos šios aplinkybės, be jokios abejonės, padarė didžiulę įtaką anglų teisės pobūdžiui. Ir niekas šito geriau neaprašė už Maxą Weberį. Pavaizdavęs mokymosi procesą viduramžių juridinėse gildijose, jis teigė:

„Šis teisės studijavimo būdas savaime išugdo formalų požiūrį į teisę, kuriai yra būdingi precedentai ir analogija... Teisės taikymo praktika siekia... ne racionalaus sisteminimo, bet tipinių kontraktų bei ieškininių formuliarų, tinkančių praktikai ir orientuotų į nuolat pasikartojančių bylų rūšis, sąrašo sukūrimo. Todėl ji sukuria tai, kas romėnų teisėje buvo vadinama *kautelarine jurisprudencija*. Tačiau iš to išplaukia, jog ši jurisprudencija negali būti racionalaus teisės sisteminimo ir netgi racionalaus požiūrio į teisines problemas pagrindu. Taip atsitiko todėl, kad sąvokos, kuriomis ji operavo, buvo orientuotos į konkrečias, kasdienes, akivaizdžias ir šia prasme formalias bylos aplinkybes. Šios aplinkybės viena nuo kitos buvo atskirtos pagal aiškius išorinius požymius, o vėliau, panaudojus aukščiau minėtas priemones, pritaikytos kintamiems poreikiams. Jokiu būdu šios sąvokos nebūdavo bendros, sukurtos abstrahavimo nuo konkretaus reiškinio, loginių konstrukcijų, apibendrinimo bei pavaldumo būdu, o vėliau silogistiškai pritaikytos kaip normos. Grynai empirinė teisės taikymo praktika bei doktrina visada apsiriboja atskiru atveju ir niekada nesiekia pereiti nuo atskiros tezės prie bendros, kad paskui, vadovaujantis bendrais principais, būtų galima priimti sprendimus atskirų precedentų atvejais. Šiam būdui, viena vertus, labiau būdingas žaidimas žodžiais, kurie vartojami įvairiomis reikšmėmis, aiškinami, plečiami, siekiant juos pritaikyti naujai atsiradusiam poreikiui, antra vertus, jeigu žaidimo žodžiais nepakanka – tai daroma analogija bei techninės fikcijos. Jeigu būtų sukurta pakankamai lanksti ir praktinius poreikius atitinkanti kontraktų bei ieškinių sistema, oficialiai galiojanti teisė būtų galėjusi išsaugoti savo labai archaišką pobūdį ir, nepaisant ryškių ekonominių pokyčių, formaliai išlikti nepakitusi... Tačiau tai nepadeda atsirasti racionalioms teisinėms teorijoms bei racionaliam teisiniam išsilavinimui. Kadangi ten, kur kaip teisinių doktrinų skleidėjai yra įsitvirtinę teisininkai praktikai, ypač advokatai, kur jiems priklauso naujų žmonių priėmimo į teisininkus praktikus monopolija, paprastai labai sustiprėja vieno ekonominio veiksnio, būtent papildomų pajamų oficialios teisės stabilizavimui, vaidmuo, kad būtų tobulinamas jos taikymas išimtinai empiriniu būdu ir kad būtų kliudoma įstatymo leidėjui bei mokslui ją racionalizuoti. Kiekvienas pasikėsinimas į tradicines teisės taikymo formas bei į tokią padėtį, kad kontraktų ir ieškininių formuliarų pritaikymas formalioms normoms, viena, ir besibylinėjančių šalių poreikiams, antra, gresia teisininkų praktikų interesams (*Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft [1956], p. 457 ir kt.; plg. *Koschaker*, Europa und das römische Recht [1953], p. 170 ir kt.).

Šis sociologinis požiūris į anglų teisės esmę padeda suprasti, kodėl Anglijoje niekada neįvyko visaapimančios *romėnų teisės* recepcijos. Tiesa, bendroji teisė jau nuo senų laikų turėjo įvairiapusių ryšių su kontinentine teise. Jau nuo XII a. vidurio, kai Vokietijoje romėnų teisės dar beveik nežinota, Bolonijos magistras Vacarius ją dėstė Oksforde arba Kenterberyje. Ro-

mėnų teisę taikė bažnytiniai teismai, kuriems jau pirmieji normanų valdovai suteikė teisę nagrinėti ištuokos bei kilnojamojo turto paveldėjimo bylas. Bractonas, būdamas klerku, taip pat gerai žinojo romėnų teisę. Tačiau jos sąvokas bei mąstymo būdą naudojo tik tiek, kiek to reikėjo vietinei teisinei medžiagai susisteminti ir sutvarkyti. Pagaliau tam tikrą romėnų teisės įtaką galime stebėti ir *Equity* teisės taikymo praktikoje. Ją taikęs kancleris iki pat XVI a. buvo dvasininkas, o įprastinis inkvizicinis *procesas* buvo vykdomas kanonų teisės pavyzdžiu.

Didelę įtaką romėnų teisė padarė prekybos ir jūrų teisei. Viduramžiais prekyba vyko tarp įvairių šalių pirklių, kurie keliaudavo iš vienos šalies į kitą, iš vienos mugės į kitą, gyveno pagal specialius „tarptautinius" teisinius papročius, kuriems didelę įtaką darė romėnų teisė. Tradicinis bendrosios teisės teismo procesas netiko teisiniam prekybos sandorių reguliavimui. Todėl prie svarbiausiųjų prekybos centrų bei mugių susikūrė specialūs prekybos teismai, taikę ne bendrąją teisę, bet „tarptautinę" *lex mercatoria*. Panaši situacija buvo ir su jūrų teise. Čia taip pat keliuose uostuose įsikūrė specialūs jūriniai teismai. Vėliau karalius sukūrė keletą admiraliteto teismų, iš esmės taikiusių kontinentinę teisę. Iki pat XIX a. tarp šių specialiųjų prekybos teismų bei tarp bendrosios teisės teismų dėl jurisdikcijos nustatymo vyko arši kova. Galų gale ji pasibaigė bendrosios teisės teismų naudai. Šios kovos pasekmė yra ir ta, jog *Law Merchant* jau seniai nebėra savarankiška teisės šaka. Žymaus teisėjo Lordo Mansfieldo dėka ji visiškai įsiliejo į bendrąją teisę. Vis dėlto romėnų teisės įtaka prekybos bei jūrų teisei išliko palyginti didelė. Ji dar ir šiandien yra juntama: *This branch of English law has undoubtedly drunk deep at the well of old Roman Law as well as the living waters of mercantile custom* (*Potter*, p. 204).

Per visą anglų teisės istoriją bendrajai teisei tik vieną vienintelį kartą iškilo grėsmė būti visiškai nušalintai romėnų teisės arba likti po jos. Taip atsitiko XVI ir XVII a., valdant Tiudorams ir Stiuartams. Tai buvo didelių nesutarimų tarp absoliutaus viešpatavimo siekiančių anglų karalių ir parlamento epocha. Kilus šiam ginčui, romėnų teisė naudojosi valdovų simpatijomis, nes tik ja buvo galima pagrįsti politines pretenzijas karaliaus valią laikyti absoliučia ir privaloma. Bendrosios teisės įtaka sumažėjo dar ir dėl to, kad greta nuo senų laikų egzistuojančių teisminių organų karalius sukūrė nemažai naujų teismų ir kitų į teismus panašių įstaigų. Pirmiausia čia turimas omenyje *Star Chamber*, Aukščiausiasis Teismas, nagrinėjantis politiškai svarbias baudžiamąsias bylas. Visi šie teismai buvo priemonė tiesiogiai įgyvendinti karaliaus valią ir naudojosi romėnų kanonų teisės pavyzdžiu sukurtu procesu. Juose, kaip ir admiraliteto teisme, teisėjai bei advokatai buvo teisininkai, Anglijos universitetuose įgiję kontinentinės teisės išsilavinimą ir nuo 1511 metų susivieniję į specialią gildiją – *Doctor's Commons*. To meto dvasinė atmosfera irgi primygtinai reikalavo romėnų teisės recepcijos. Tiesa, ne teisininkai profesionalai, bet literatai ir dvasininkai, žavėdamiesi renesanso bei humanizmo idėjų pasauliu, dažnai apgailestaudavo dėl „barbariško" ir formalistinio bendrosios teisės pobūdžio ir buvo už, jų manymu, aiškesnės ir suprantamesnės kontinentinės teisės perėmimą (apie tai išsamiau palyginkime *Holdsworth*, ten pat, IV p. 217 ir kt.).

Vis dėlto visaapimančios romėnų teisės recepcijos Anglijoje nebuvo. Kaip jau prieš tai buvo minėta, tam sukliudė anglų teisininkų luomas, per tris savo gyvavimo šimtmečius sugebėjęs pasiekti organizacinį susitelkimą, profesinį solidarumą ir politinę įtaką. Šis luomas idėjiškai bei ekonomiškai buvo suinteresuotas išsaugoti bendrąją teisę. Lygiai taip pat svarbu yra tai, jog per to meto politinius ginčus, pasinaudodamas savo politine įtaka, jis palaikė parlamentą,

kuris galiausiai šį ginčą laimėjo. Taip bendroji teisė dėka savo tvirtumo, kuris per ilgą raidos laikotarpį dar padidėjo bei savo sudėtingos ir formalistinės technikos, kuri ir apsaugojo nuo absoliutinės valdžios gniaužtų, tapo svarbiu parlamentinės partijos ginklu kovojant su karaliaus absoliutizmu. Nuo to laiko anglai su bendrąja teise sieja mintį, jog viena iš jos svarbiausių funkcijų yra *užtikrinti laisvę* ir kartu vykdyti užduotį, kurią kontinentinės Europos šalys yra priskyrusios savo *konstitucijai*, t. y. ginti piliečius nuo savavališko absoliutinės valdžios kišimosi.

Šio prieš karaliaus absoliutizmą kovojančio judėjimo vadovas ir kartu vienas žymiausių anglų teisininkų buvo Edwardas Coke'as (1552–1634). Coke'as buvo *Court of Common Pleas*, vėliau Karalienės suolo teismo *(Court of King's Bench)* pirmininkas ir kartu entuziastingas bendrosios teisės gerbėjas. Jau minėjome, kad jis buvo už bendrosios teisės prioriteto suteikimą *Equity* atžvilgiu ir kad karaliaus nutarimu prioritetas buvo suteiktas *Equity*. Po minėto ginčo Coke'as greitai pateko į visišką karaliaus nemalonę ir buvo atleistas iš teisėjo pareigų. Nuo to laiko, vadovaudamas parlamento opozicijai, jis savo veiklą skyrė kovai su rojalistų partija. Be kita ko, Coke'as buvo ir puikus rašytojas. Jo žymiausia knyga – 1481 metais pasirodžiusio Littletono veikalo apie žemės teisę komentaras. *Coke upon Littleton*, kaip *book of authority*, daug prisidėjo prie to, kad anglų žemės teisė dar ir šiandien vartoja sąvokas bei idėjas, kurias šio Coke'o kūrinio dėka galima atsekti iki ankstyvųjų viduramžių.

Po to kai XVII a. po nuožmios kovos Stiuartų absoliutizmas pateko į tvirtą parlamento kontrolę ir kartu buvo pašalintas bet koks pavojus bendrajai teisei kaip *supreme law of the land* padėčiai, Anglijoje prasidėjo ilgas vidaus politinės taikos laikotarpis *(Age of Settlement)*. Šiuo laikotarpiu iš anglų teisininkų iškilo nemažai talentingų teisėjų, bendrosios teisės ir *Equity* plėtojimąsi nukreipusių ramia vaga bei pritaikiusių šalies, kurioje kartu su žemės ūkiu vis didesnį vaidmenį įgaudavo prekyba, laivininkystė, o netrukus ir pramonė, poreikiams. Pakanka paminėti Lordą Mansfieldą (1705–1793), daugiau nei 30 metų buvusį Karalienės suolo teismo pirmininku, puikiai išmaniusį kontinetinę teisę ir padėjusį pagrindus anglų prekybos teisei.

Iki to laiko visi žymūs anglų teisininkai – nuo Ganvillio bei Bractono iki Coke'o bei Mansfieldo – buvo praktikai ir beveik visada užėmė aukštus postus teismuose, o XVIII a. susiduriame su Williamu Blackstone'u (1723–1780) – pirmuoju teisininku, kuris (po žymių profesinių laimėjimų kaip baristeris) tapo profesoriumi Oksforde ir, reiktų pabrėžti, nepaisant to, padarė didelę įtaką anglų teisei. Blackstone'as išgarsėjo savo keturių tomų kūriniu *Commentaries on the Law of England*. Šį kūrinį sudaro autoriaus paskaitų pagrindu sudarytas sistemingas visos anglų teisės – ne tik privatinės ir procesinės, bet ir konstitucinės bei baudžiamosios – išdėstymas. Jau pirmasis *Commentaries* tiražas sulaukė nepaprastos sėkmės. Šis kūrinys daugelį kartų buvo leidžiamas tiek Anglijoje, tiek kitose bendrosios teisės šalyse. Jis buvo giriamas dėl stiliaus aiškumo ir grakštumo, dėl juridinių formuluočių tikslumo ir taiklumo bei dėl apsiribojimo tuo, kas iš tiesų yra svarbu ir reikalinga. Žinoma, *Commentaries* nepasiekė tokio teisinės medžiagos sisteminimo ir teorinio apibendrinimo lygio, koks tuo metu buvo pasiektas kontinentinėje Europoje. Tačiau Blackstone'as to ir negalėjo pasiekti, nes nebuvo doktrinos, kuri būtų išsivysčiusi per šimtmečius trunkantį teisės dėstymą universitetuose. Blackstone'o reikšmė yra ta, jog jis pirmą kartą sutvarkė ir sujungė anglų *case law rudis indigestaque moles*, kuri tuo metu buvo beformė, su atsitiktiniais įstatyminių aktų, darančių ją dar padrikesnę, intarpais. Šią teisę jis pavaizdavo ypač puikia literatūrine bei pedagogine

forma, kuri anglų teisę padarė galima mokyti ir išmokstama ne tik teisininkui profesionalui, bet ir kiekvienam mėgėjui.

Blackstone'o įvertinimą palyginkime su: *Andreas B. Schwarz*, Das englische Recht, p. 67 ir kt.; *to paties autoriaus*, Der Einfluss der Professoren auf die Rechtsentwicklung im Laufe der Jahrhunderte, išspausdinta: *Schwarz*, Rechtsgeschichte und Gegenwart (1960), p. 181, 193; *Holdsworth*, Some Makers, p. 238 ir kt.; *Thieme*, das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte (1947), p. 32 ir kt.

V.

Sutriuškinus Napoleoną Anglijos užsienio politikos padėtis tapo kaip niekada gera. Tačiau šalyje XIX a. prasidėjo rimtų politinių ir socialinių krizių metas. Nors ekonomikoje vis daugiau svarbos įgijo prekyba bei pramonė, o miestuose vis sparčiau augo samdomųjų darbininkų gretos, abeji parlamento rūmai ir toliau buvo labai konservatyvių aristokratų, vyskupų bei žemvaldžių prieglobstis. Anglijos pramonei Napoleono karų nualintas Europos kontinentas buvo bloga prekių realizavimo rinka, todėl bedarbių bei vargšų skaičius labai sparčiai augo, o dirbančiųjų darbo užmokestis vis mažėjo. Be to, stambiesiems žemvaldžiams pavyko prakišti grūdų muitą, tai užkirto kelią pigių javų importui ir dar labiau nuskurdino tautą. Anglijoje plintant badui, streikams ir gamybos priemonių laužymui tarp pažangių jėgų vis populiaresnė darėsi idėja, jog norint išvengti revoliucijos būtinos politinės bei socialinės reformos. 1831–1832 metų rinkimų įstatymas, priimtas nepaisant Lordų Rūmų pasipriešinimo, viduriniajam buržuazijos sluoksniui pirmą kartą suteikė teisę dalyvauti politinėje valdžioje. Tai suteikė galimybę svarbias reformas daryti ir kitose visuomeninio gyvenimo srityse. Taip iš pagrindų buvo pakeista „įstatymų leidyba varguoliams", apribotas vaikų darbas, pereita nuo apsauginio muito prie laisvosios prekybos ir galiausiai įsikišus įstatymų leidėjui modernizuota teisė.

Šio laikotarpio, Anglijoje dažnai vadinamo *the Age of Reform*, intelektualinis atstovas buvo socialreformatorius ir teisininkas Jeremy Benthamas (1748–1832). Jis buvo utilitarizmo pagrindėjas. Pastaroji filosofinė kryptis, pasitelkusi kritinį požiūrį, norėjo įvertinti tradicines visuomenės institucijas, jų tikslingumą bei naudingumą siekiant tikslo, kiekvienoje visuomenėje laikomo pagrindiniu, t. y. pasiekti „kuo didesnę laimę kuo didesniam žmonių skaičiui". Žinoma, toks neistorinis, viską vien tik naudingumo požiūriu vertinantis intelektualinis judėjimas tradicinėse bendrosios teisės institucijose turėjo rasti puikų puolimo objektą. Iš tikrųjų Benthamui istoriškai susikūrusios, dažniau istoriniu atsitiktinumu, o ne racionaliu planavimu pagrįstos bendrosios teisės taisyklės buvo ne kas kita kaip kliūtis kelyje į socialines reformas. Lygiai tą patį galime pasakyti ir apie Benthamo energingai kritikuotą anglų teisininkų praktikų, pavyzdžiui, *baristerių* tradicionalizmą bei konservatyvizmą. Ypač rūsčiai jis kritikavo Blackstone'ą, kuris, kaip teisingai pastebėjo Benthamas, savo kūrinyje visa tai, kas buvo susiklostę istoriškai, vaizdavo kaip klasicizmo ir konservatyvizmo padarinius, nereikalaujančius kritikos. Taip Benthamas tapo aistringu radikalios anglų teisės reformos, kurią, jo manymu, buvo galima pasiekti tik atlikus visišką kodifikaciją, propagandistu.

Benthamo postulatai padarė didelę įtaką XIX a. Anglijos teisinei praktikai. Tačiau jo raginimas visisiškai kodifikuoti bendrąją teisę nesulaukė pritarimo, kadangi tai prieštaravo anglų teisininkų keliamiems praktiniams tikslams bei jų korporaciniams interesams. Buvo savaime

aišku, kad bendroji teisė negali būti pakeista kodeksu, parengtu prie žaliojo stalo posėdžių salėje ir orientuoto į atitinkamų socialinių bei filosofinių idėjų įgyvendinimą. Benthamo ir jo mokinių reformatoriški siūlymai prisidėjo prie daugelio įstatymų, kuriais Anglijos parlamentas antrojoje XIX a. pusėje įsikišo į teismų santvarkos, civilinio proceso ir mažiau – į materialinę teisę.

Iš tikrųjų to meto anglų procesinė teisė nešališkam tyrinėtojui daugeliu atvejų turėjo atrodyti truputį groteskiška. Šioje šalyje buvo įmantri įvairovė teismų, kurių kompetencija buvo paskirstyta taip, jog vieno teismo kompetencija iš dalies konkuravo su kito teismo kompetencija ir iš dalies jų kompetencija buvo atribota labai sudėtingu, tik su tuo susipažinusiam asmeniui suvokiamu būdu. Kiekvienas teismas turėjo savo tipinę ieškininio pareiškimo formą bei savo procedūrą, kurios techniniai ypatumai savo prasmę buvo praradę jau seniai. Bendrosios teisės ir *Equity* teismai taikė tik tam tikrą materialinės teisės dalį. Todėl ieškovas, kuris, remdamasis to paties fakto aplinkybėmis, reikalaudavo, jog atsakovas susilaikytų nuo tam tikrų veiksmų atlikimo ir atlygintų nuostolius, turėdavo kreiptis į du skirtingus teismus. Šią netvarką buvo bandoma pamažu šalinti: buvo priimama nemažai specialių įstatymų ir pagaliau ryžtasi didelei procesinės teisės ir teismų santvarkos reformai, kol 1873-aisiais priimtas *Judicature Act*, įsigaliojęs 1875 metais. *Judicature Act* principai apibrėžia ir šiandieninę Anglijoje šioje srityje esančią padėtį.

Minėtos reformos esmę sudarė *teismų santvarkos* pertvarkymas. Gausius ir vienas su kitu nesusijusius teismus sujungė vieningas Anglijos Aukščiausiasis Teismas *(Supreme Court of Judicature)*, susidedantis iš Aukštojo teisingumo teismo *(High Court of Justice)* ir Apeliacinio teismo *(Court of Appeal)*. Aukštąjį teisingumo teismą sudarė keli skyriai, iš kurių kiekvienas specializavosi nagrinėti tam tikrus teisinius ginčus, anksčiau priklausiusius kurio nors savarankiško teismo arba kelių tokių teismų išimtinei kompetencijai. Taip buvo pasiekta, kad ieškiniai, kurie anksčiau kaip nepriklausantys atitinkamo teismo kompetencijai būdavo *atmetami*, dabar to paties teismo ribose galėjo būti perduodami kompetentingam skyriui. Buvo sudaryti trys skyriai: Karalienės suolo rūmų *(Queen's Bench Division)*, Iždo rūmų *(Exchequer Division)* ir Rūmų, nagrinėjančių privačių asmenų ieškinius *(Common Pleas Division)*. Visi trys nagrinėjo ieškinius, kuriuos anksčiau nagrinėjo skirtingi teismai. Tačiau jau 1881 metais visi minėti skyriai buvo sujungti į Karalienės suolo rūmus. Iki tol Kanclerio teismui priklausiusios bylos buvo perduotos Lordo kanclerio rūmams *(Chancery Division)*. Pagaliau paveldėjimo, skyrybų bei laivininkystės bylos, anksčiau nagrinėtos trijų skirtingų teismų, buvo priskirtos vieno skyriaus – Testamento patvirtinimo (*Probate)*, Ištuokos *(Divorce)* ir Jūrų teismo rūmų *(Admiralty Division)* – kompetencijai. Šią gana nevienalytę veiklą, teisininkų žargonu vadinamą *wills, wives and wrecks*, galima paaiškinti tuo, jog minėto skyriaus taikomos visos be išimties paveldėjimo, šeimos bei jūrų teisės normos buvo smarkiai paveiktos *kanonų teisės*. Aukštasis teisingumo teismas su savo trimis skyriais buvo pavaldus Apeliaciniam teismui. Šis teismas sujungė keletą skirtingų teismų, prieš reformą veikusių kaip vienas nuo kito nepriklausomi apeliaciniai teismai. 1876 metais specialiu įstatymu, anapus *Court of Judicature*, kaip trečia instancija buvo įkurtas specialus teisminis Lordų Rūmų skyrius. Jam priklausė lordas kancleris ir kiti teisėjai, būtent šiam tikslui priimti į bajorų luomą, į kurį patenkama ne paveldėjimo būdu.

Antrasis svarbus reformos žingsnis buvo bendrosios teisės (siaurąja prasme) ir *Equity* veikimo sferų *sujungimas*. Vadinasi, visi – tiek Aukštasis teismas, tiek Apeliacinis skyriai tu-

rėjo vienodai taikyti visas anglų teisės taisykles bei principus, ir visai nesvarbu, ar jie išsirutuliojo *at law*, ar *in equity*. Taip, pavyzdžiui, šalis, kuri anksčiau Karalienės suolo teismo tik su *in equity* pripažįstama gynyba negalėjo būti išklausyta, turėjo kreiptis į Kanclerio teismą, kad ieškovui būtų uždrausta tęsti *pirmąjį procesą*. Šiandien, priešingai, Karalienės suolo rūmai patys gali ir net privalo patikrinti *equitable defence* ir, jeigu reikia, ieškinį atmesti. Teoriškai galimą prieštaravimą tarp *law* ir *equity* išsprendė *Judicature Act* (p. 25 (11), pirmenybę suteikdamas *Equity* normoms. Žinoma, bendrosios teisė ir *Equity* veikimo sferų „sujungimas" neleidžia teigti, jog tarp šių teisių egzistavę skirtumai pasidarė visiškai nereikšmingi. Aukštojo teismo darbo paskirstymas yra taip sureguliuotas, kad dar ir šiandien pagal *Equity* normas nagrinėjamos bylos, kad ir kokios skirtingos jos būtų, yra perduodamos Lordo kanclerio rūmams. Vadinasi, tarp baristerių yra gerų specialistų *chancery work* ir iš jų yra renkami teisėjai į Lordo kanclerio rūmus. Taigi anglų teisininkų sąmonėje *law* ir *equity* atskyrimas, nepaisant jų „susiliejimo", iki šiol išlieka. Netgi universitetuose šios disciplinos dėstomos skirtinguose paskaitų kursuose, o teisinėje literatūroje nagrinėjamos skirtingose knygose.

Pagaliau 1873 metų reforma visiškai pašalino *writ* sistemos padarinius. Dar Blackstone'o laikais ieškovas, prieš prasidedant procesui, privalėjo nurodyti, kuria iš 70–80 tipinių ieškininių pareiškimų forma *(forms of action)* jis grindžia savo reikalavimą. Šis pasirinkimas buvo neatšaukiamas ir galutinai nustatydavo precedento, pagal kurį bus nagrinėjama byla, tipą: kaip kviesti atsakovą į teismą, kaip rinkti įrodymus, kaip vykdyti sprendimą. Esant tokiai sistemai dažnai atsitikdavo taip, kad ieškovas besirinkdamas tipinę ieškininio pareiškimo formą suklysdavo ir bylą pralaimėdavo vien tik dėl techninių priežasčių. Šiuo atveju *Judicature Act* panaikino *forms of action* ir kartu užbaigė evoliuciją, pradėtą keliais 1832–1860 metais priimtų specialiųjų įstatymų. Nuo to laiko visi procesai Aukštajame teisme prasidėdavo tuo pačiu *writ of summons*, t.y. oficialiu kvietimu, kuriame ieškovas laisvai išdėsto aplinkybes, kuriomis pagrindžia savo ieškinį, ir daugiau jam nebereikėjo išsirinkti ieškininio pareiškimo formulės. Tuo pačiu *Judicature Act* dėka toliau buvo unifikuojamos procesinės normos. Tiesa, dar ir šiandien kai kurios teisminės procedūros priklauso nuo to, ko ieškovas siekia: nutraukti santuoką, patvirtinti testamentą ar išreikalauti žalos atlyginimo. Bet šie nukrypimai iš esmės yra tik vieningo Aukštojo teismo proceso niuansai, o ne visiškai skirtingi, būtinai su tam tikra *form of action* susieti proceso tipai. Bet kuriuo atveju *Judicature Act* visiškai nepanaikino tradicinio „procedūrinio mąstymo". Ir dabar bylų, susijusių su sutarčių, deliktine teise, nepagrįstu praturtėjimu ar nuosavybės teise, medžiaga paprastai yra skirstoma priklausomai nuo tradicinių tipinių ieškininių pareiškimų formulių. Taigi *forms of action* prarado savo procesinę ir techninę reikšmę, bet išsaugojo savo, kaip priemonės, kuria sutvarkoma materialinė teisė, funkciją: *The forms of action we have buried, but they still rule us from there graves* (*Maitland*, Forms of Action, p. 2).

XIX a. įstatymų leidyba kaip niekada iki tol smarkiai paveikė ir *materialinę teisę*. Tiesa, įstatymų, kurių turinį sudaro privatinės teisės reguliuojami klausimai, buvo visais anglų teisės raidos periodais. Ne išimtis ir ankstyvasis periodas. Bet šiais įstatymais niekuomet nebuvo siekiama visiškai sureguliuoti atitinkamos visuomeninių santykių srities. Priešingai, jie paprastai buvo atsitiktiniai, pakeičiantys *case law* normas, net jeigu jie, karaliaus ar jo patarėjų arba (vėliau) parlamento manymu, nebeatitiko praktinių poreikių. Benthamas ir jo mokiniai, priešingai, įstatymui norėjo suteikti daugiau reikšmės, nes manė, jog tik taip galima pasiekti tei-

sinį stabilumą, o teisę visuomenei pateikti paprastesne ir labiau prieinama forma. Pastaruoju klausimu Benthamo kelti reikalavimai visiškai atitiko anglų pirklių interesus. Todėl XIX a. pabaigoje dauguma prekybinių ir teisinių klausimų buvo sureguliuota įstatymais: *Bills of Exchange Act* (1882), *Partnership Act* (1890), *Sale of Goods Act* (1897), *Marine Insurance Act* (1906). Žinoma, net ir šie įstatymai nepradėjo naujos teisės eros. Jie buvo suprantami tik kaip *codifying statutes*, t. y. kaip jau egzistuojančių, teismų praktika išplėtotų bendrosios teisės normų sujungimas. Todėl abejojant šių įstatyminių normų turiniu buvo leidžiama atsižvelgti į teismų sprendimus, priimtus dar *iki* šio įstatymo įsigaliojimo. Kalbant apie privatinių teisinių santykių, nereguliuojamų prekybos teisės, sureguliavimą įstatymais, reikia pasakyti, jog beveik visi jie buvo priimti XX amžiuje. Dar ir šiandien nėra visiškai kodifikuota šeimos ir paveldėjimo, sutarčių ir deliktinė teisė. Šiose teisinio reguliavimo sferose Anglijoje pirmenybė vis dar teikiama specialiems įstatymams, reguliuojantiems atskirus klausimus, kaip, pavyzdžiui, turtinius sutuoktinių santykius, paveldėjimą pagal įstatymą, įvaikinimą, nesantuokinių vaikų teisinę padėtį, palikimo valdymą, pirkimą išsimokėtinai. Visus šiuos įstatymus galima suprasti tik pasitelkus nerašytinę bendrąją teisę, kadangi juose yra naudojamos jos sąvokos bei kategorijos. Be to, šių įstatymų neįmanoma sukurti be atitinkamų *case law* pagrindu išplėtotų reikalavimų bei doktrinų.

Kaip pavyzdį galime pateikti 1925 metų *Law of Property Act*. Šiame įstatyme be kitų klausimų pirmiausia iš esmės buvo reformuota bei supaprastinta žemės teisė. Tačiau jame yra pasinaudota tradiciniais, per ilgus amžius šioje teisės šakoje sukurtais bendrosios teisės pagrindiniais terminais. Vadinasi, užsieniečiui teisininkui pastarasis įstatymas bus visiškai nesuprantamas tol, kol jis nesusipažins su pagrindiniais Anglijos žemės teisės terminais, kadangi įstatyme jie nėra plačiau aiškinami.

Šiuolaikinėse socialinės įstatymų leidybos srityse anglų teisininkus, kaip ir jų kolegas vokiečius bei prancūzus, užplūdo gausybė įstatymų. Butų teisė ir nuomotojų teisių apsauga, darbo teisė ir socialinis draudimas, transporto ir draudimo teisė, konkurencijos ir kartelių teisė bei dauguma kitų teisinio reguliavimo sferų Anglijoje, kaip ir kontinentinėje Europoje, jau seniai yra reguliuojamos įstatymais, kuriuos teisininkai praktikai dėl vis didėjančio jų kiekio vos spėja apžvelgti.

Visa tai rodo, jog kadaise buvęs ryškus skirtumas tarp bendrosios teisės, kaip teisėjų kuriamos precedentinės teisės, ir kontinentinės teisės, kaip įstatymų teisės, neteko dar šio šimtmečio pradžioje turėtos reikšmės. Akivaizdu, jog šiandien socialinio gyvenimo sferoje Anglijos teismai teisės kūrime nebevaidina pagrindinio vaidmens. Daugiausiai tai atlieka parlamentas ir kompetentinga atitinkamus aktus leisti vykdomoji valdžia. Ir atvirkščiai, yra žinoma, jog kuriant naujas teisės normas kontinentinėje Europoje dažnai tik formaliai remiamasi pasenusiais kodeksų teiginiais, o įstatymų leidėjas, kurdamas *naujas* normas, sąmoningai plačiai jas formuluoja ir kartu teisės kūrimo naštą užkrauna teisėjui. Amžinas klausimas, kas yra pirminis teisės šaltinis – įstatymas ar teismo sprendimas – šiandien vargu ar padės išsiaiškinti pagrindinį bendrosios ir kontinentinės teisės skirtumą. Matyt, svarbiau yra išsiaiškinti, ar yra esminių skirtumų tarp kontinentinėje Europoje ir Anglijoje egzistuojančių *teisės normos parinkimo* ir *viso teisės taikymo* proceso metodų, kuriais vadovaudamasis teisėjas sprendžia konkrečias bylas. Bet apie tai kiek vėliau.

VI.

Iš mūsų apžvalgos apie britų teisės istoriją gali susidaryti įspūdis, jog Britų salose galiojanti teisė visiškai remiasi anglų bendrąja teise. Tačiau toks įspūdis nėra teisingas. Didžiojoje Britanijoje nėra vieningos teisės. Priešingai, *Škotija* turi savo, nuo bendrosios teisės labai besiskiriančią teisės sistemą. Ją mes trumpai ir panagrinėsime.

Normandijos salos, ypač Džersio ir Gernsio, kaip labai savarankiškos britų karūnos dominijos, taip pat turi savo teisės sistemą. Tuo laiku, kai normanai buvo užpuolę Angliją, jos buvo sudedamoji Normandijos hercogystės dalis. Tai gali padėti atsakyti į klausimą, kodėl Normandijos salų gyventojai Angliją vadina seniausia savo kolonija, ir paaiškinti tą faktą, jog dar ir šiandien šių salų teisė remiasi normandų paprotine teise, išdėstyta *Grand Coutumier de la Normandie* bei vėlesniuose užrašuose.

Iki XVIII a. pradžios Škotija ir Anglija Britanijos žemėje buvo savarankiškos karalystės. Tiesa, santykiai tarp abiejų valstybių buvo labai permainingi. 1292 metais Anglijos karaliui Eduardui I pavyko nukariauti škotus ir taip visą salą padaryti pavaldžią Anglijos karaliui. Bet jau po kelerių metų škotai nepriklausomybės kare vėl išsikovojo savarankiškumą. Šie įvykiai juos pamokė, jog stipriam kaimynui pietuose ilgai priešintis galima tik sudarius sąjungą su kita, Anglijai priešiška valstybe. Tuo metu tokia valstybė buvo Prancūzija. Daugiau nei 200 metų gyvavusi sąjunga su Prancūzija buvo svarbi škotų politikos priemonė, apribojanti agresinius anglų ketinimus. Šios sąjungos dėka Škotija atvėrė duris Europos kultūriniam gyvenimui. Būtent dėl šios priežasties daugelį šimtmečių Škotijos teisė plėtojosi nuolat veikiama Europos teisės mokslo. XIV bei XV a. škotų teisininkai išsilavinimą įgydavo Orleano, Avinjono bei Liono universitetuose. Škotijoje paplitus kalvinizmui, jos teisininkai išsilavinimą įgydavo Leideno, Utrechto bei Groningeno universitetuose. Taigi Škotijoje įvyko tikra romėnų teisės recepcija. Kartu Škotijos teisė, priešingai nei vien tik savo patirtimi apsiribojusi bendroji teisė, įgijo kosmopolitinį „internacionalinį" pobūdį. Škotų teisė sujungė vietinę paprotinę teisę (ypač feodalinę žemės teisę), Škotijos įstatymus ir romėnų teisę bei mokymą apie prigimtinę teisę, kuriam būdingas didelis savitumas. 1681 metais Škotijos teisėjas bei valstybės veikėjas Stairas išleido *Institutions of the Law of Scotland*, romėnų teisės pagrindu susistemintą kūrinį, kuris dar ir šiandien yra vienas iš klasikinių Škotijos teisės vadovėlių.

Jau nuo XVII a. pradžios Škotija ir Anglija sudarė uniją. 1707 metais abi šalys susijungė nacionalinės ir tarptautinės teisės požiūriu. Pagal abiejų parlamentų ratifikuotą sutartį Škotija ir Anglija liovėsi egzistavusios kaip savarankiškos valstybės ir vietoj jų atsirado „Jungtinė Didžiosios Britanijos karalystė". Nuo šio momento yra neteisinga, nors tai ir yra labai paplitę, vartoti terminus „anglų" parlamentas, „anglų" konstitucija, „anglų" karūna.

1707 metų sutartyje buvo įtvirtinta, jog tradicinė Škotijos teismų sistema ir toliau turi išlikti nepakitusi. Minėtoje sutartyje taip pat teigiama,

> that the Laws which concern public Right, Policy and Civil Government may be made the same throughout the whole United Kingdom; but that no alteration be made in Laws which concern private Right, except for evident utility of the subjects within Scotland.

Iš esmės abiejų valstybių suvienijimas Škotijos teisės nepalietė. Tačiau XVIII a. pabaigoje jos ryšys su kontinentinės Europos teisės mokslu nutrūko. Dėl Napoleono karų susisiekti su kontinentine Europa pasidarė nebeįmanoma, o Europoje vėl įsiviešpatavus taikai, padėtis jau buvo iš esmės pakitusi, nes Prancūzijoje ir Olandijoje įsigaliojo naujas civilinis kodeksas, į kurį pirmiausia ir krypo visų žvilgsniai.

Vėliau, nuo XIX a. Škotijos teisės raidai labai didelę įtaką darė anglų bendroji teisė. Daug svarbių britų parlamento priimtų įstatymų iš civilinės, prekybos, ekonominės, administracinės bei socialinės teisės tiek Anglijoje, tiek Škotijoje galioja tokie pat arba skiriasi labai mažai. Daug nerašytinių bendrosios teisės normų Lordų Rūmų teisminė praktika įtraukė į Škotijos teisę. Lordų Rūmuose nuo tada, kai jie pradėjo funkcionuoti kaip teisminė instancija, iki pat 1876 metų Škotijos teisininkams nebuvo atstovaujama visiškai. Net ir šiandien šiuose rūmuose apeliacine tvarka nagrinėjant Škotijos teismų sprendimus, škotų teisėjų yra mažuma. Todėl, kaip kaskart nenuilstamai pabrėžia daugelis Škotijos teisininkų, Škotijos teisė vis labiau yra korumpuojama anglų teisinės minties. Tam tikra Anglijos teisės įtaka Škotijos teisei pasireiškia ir tuo, kad kartais škotų advokatai ir teisėjai Anglijos teismų praktika (žinoma, gausesne) bei angliškais vadovėliais remiasi net tuomet, kai iš esmės kalbama apie Škotijos teisės normų taikymą. Škotija su tam tikrais apribojimais perėmė ir Anglijos precedentinę doktriną. Be to, Škotijos teismuose labai gerbiami ir vadinamieji *institutional writers*. Šiuo atveju kalbama maždaug apie tuziną škotų autorių, ypač apie Stairą, Mackenzie'ą, Erskine'ą, Bellą, kurie 1680–1820 metais sukūrė Škotijos teisę ir kurie šioje šalyje yra taip pat gerbiami, kaip anksčiau Europos kontinente Damatas, Pothieras ar Grotiusas.

Tačiau nepaisant šio iš dalies tiesioginio, iš dalies netiesioginio anglų bendrosios teisės poveikio, škotų teisė iki šių dienų privatinėje teisėje išsaugojo savarankiškumą. Tam nemažai padėjo tai, jog po Antrojo pasaulinio karo Škotijos teisės fakultetuose mokslininkai T. B. Smithas ir Wolkeris nepaprastai iškalbingai gynė škotų teisės savarankiškumą.

Kritinį požiūrį apie tai palyginkime *Willock*, ten pat. Kaip ir kontinentinės Europos sutarčių teisėje, Škotijos sutarčių teisėje vadovaujamasi principu, jog kiekvienas susitarimas, pagal kurį, teisėjo įsitikinimu, šalys nori prisiimti abipusius įsipareigojimus, yra galiojantis ir gali būti apskųstas. Škotijos teisei yra nežinomas papildomas priešpriešinio patenkinimo reikalavimas (plg. 29 str. II). Sutartys trečiųjų asmenų naudai Škotijoje, kitaip nei Anglijoje, yra pripažįstamos. Reikalavimas sutartį įvykdyti natūra iš esmės beveik *visada*, o ne tik išimtiniais atvejais, kaip yra Anglijoje, gali būti įvykdytas per teismą (plg. 35 str. IV). Mokymas apie vieningą reikalavimų, nukreiptų į *indebitum* grąžinimą, pagrindą Škotijoje yra pripažįstamas nuo *institutional writers*, o Anglijoje prie to buvo prieita tik naujesniaisiais laikais (plg. 38 str. IV). Škotijos deliktinėje teisėje iš esmės vadovaujamasi iš *action legis Aquiliae* išsivysčiusia visuotine atsakomybe už *culpa* ir su *actio iniuriarum*. Todėl šiuo atveju Škotijos teisei, kitaip nei Anglijos teisei su jai būdinga deliktinių ieškinių formų gausybe (plg. 40 str. III), yra būdingas taupus pagrindinių principų bei terminų naudojimas ir kartu vidinė ekonomija, kuri yra viena iš „civilinio“ teisinio mąstymo dorybių.

Iki šiol tebėra neaišku, ar ilgai Škotijos teisė atsispirs bendrosios teisės poveikiui, ar ta sritis, kurioje ji vis dar veikia savarankiškai, vis labiau nesiaurės. Bet kuriuo atveju būtina paminėti tą faktą, jog šios šalies teisės savarankiškumas nėra palaikomas nei kodeksu, kaip tai yra Luizianoje, nei savita kalba, kaip Kvebeke. Be to, reikia pridurti, jog Škotijoje, visai

kitaip nei Pietų Afrikoje (plg. 16 str. IV), nėra savo įstatymo leidėjo, todėl jos teisės burės dažnai neša ten, kur pučia vėjas iš Westminsterio. Kad ir kaip ten būtų, aišku tai, jog Škotijos teisė ypatingo lyginamosios teisės specialisto dėmesio nusipelnė vien todėl, kad ji akivaizdžiai išreiškia tam tikrą anglų bei kontinentinės Europos teisės simbiozės formą, o tai gali padėti įgyvendinti didelę ateities užduotį – pamažu suartinti kontinentinę ir bendrąją teisę.

15. TEIMŲ SANTVARKA IR TEISINĖS PROFESIJOS ANGLIJOJE

Abel, Between Market and State: The Legal Profession in Turmoil, Mod.L.Rev. 52 (1989) 285; *Abel-Smith/Stevens*, In Search of Justice – Society and the Legal System (1968)); *Benson Report*, The Royal Commission on Legal Services (Chairman: Sir Henry Benson) Cmnd. 6748 (1979); *de Boor*, Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform (1934); *Bunge*, Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England (1955); *Goldschmidt*, English Law from the Foreign Standpoint (1937); *Griffiths*, The Politics of the Judiciary (1976); *Hazell* (Leidėjas), The Bar on Trial (1978); *Jackson/Spencer*, The Machinery of Justice in England (1989); *Jolowicz*, Les decisions de la Chambre des Lords, Rev.int.dr.comp. 31 (1979) 521; *Jones*, Should Judges Be Policians?: The English Experience, Ind.L.J. 57 (1982) 211; *Mann*, Fusion of the Legal Professions?, L.Q.Rev. 93 (1977) 367; *Megarry*, Lawyer and Litigant in England (1962); *Milton*, The English Magistracy (1967); *Reid*, The Judge as Lawmaker, J.Soc.Pub.T. of Law 12 (1972) 22; *Scarman*, The English Judge, Mod.L.Rev. 30 (1967) 1; *Shetreet*, Judges on Trial, A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciart (1976), *Stevens*, Law and Politics, The Haouse of Lords as a Judicial Body 1800-1976 (1978); *Zander*, Lawyers and the Public Interest, A Study in Restrictive Practices (1968); *to paties autoriaus*, A Matter of Justice, The Legal System in Ferment (1989); *to paties autoriaus*, The Law-Making Process (1994, *to paties autoriaus*, Legal Services for the Community (1978); *to paties autoriaus*, Promoting Change in the Legal System, Mod.L.Rev. (1979) 489; *to paties autoriaus*, The English Legal Profession: veikale: Anwalsberuf im Wandel (Arbeiten zur Rechtsvergleichung Nr.111, 1982) 59.

I.

Anglų teisingumo vykdymo mechanizmas ir personalas jau seniai žavi užsienio juristus. Tačiau ne visada taip žavi objektyvus ir blaivus anglų teisingumo vertinimas. Anglijos teisingumą europiečiai dažniausiai įsivaizduoja kaip romantišką teisėjo paveikslą: purpurine mantija ir peruku su kasyte pasipuošusį, posėdžiaujantį puošnioje teismo salėje ir išmintingu, autoritetingu balsu teisę besisemiantį iš storų teismo sprendimų rinkinių. Didžiulę nuostabą kelia tas faktas, jog tokia industrinė šalis kaip Anglija, turinti beveik 50 milijonų gyventojų, išsiverčia tik su keletu dešimčių teisėjų. Galime išgirsti ir tokių samprotavimų, jog dėl nepaprastai didelių teismo išlaidų bei advokatų honorarų, anglų teisingumas yra prieinamas tik plutokratams. Neva tai taip pat gali paaiškinti mažą teisėjų skaičių. Pasitaiko tvirtinimų, jog baristerių ir teisėjų gildija – tai konservatyvus kartelis, sukurtas savo archaiškumu labai gerbtinai, tačiau kardinalių reformų reikalaujančiai justicijai išlaikyti arba girdėti ir tokių nuomonių, kad jaunų anglų teisininkų rengimas yra grynai praktinio pobūdžio ir todėl universitetinis teisinis

išsilavinimas yra ne tik nereikalingas, bet netgi žalingas. Neverta samprotauti, ar šiuose teiginiuose yra bent krislelis tiesos. Aišku tai, jog apie anglų teisingumo sistemą jie pateikia klaidingą ir vienpusį supratimą. Todėl tolesniame knygos tekste, nors ir bendrais bruožais, siekiama pateikti tikrovei artimą anglų justicijos paveikslą.

II.

Tais atvejais, kai vidutinis anglas, norėdamas išspręsti kilusį civilinį teisinį ginčą, priverstas kreiptis į teismą, dažniausiai kalbama ne apie Aukštąjį teismą Londone ir net ne apie Apeliacinį teismą arba Lordų Rūmus, bet apie visoje šalyje esamus magistratų *(Magistrates' Courts)* arba grafystės *(County Courts)* teismus.

1. Magistratų teisme posėdžiauja mažiausiai trys teisinio išsilavinimo neturintys taikos teisėjai *(Justices of the Peace)*; iš jų vienas išrinktas pirmininku. Tik dideliuose miestuose teisėjais dirba nuolatinį atlyginimą gaunantys teisėjai profesionalai *(stipendiary magistrates)*. Jie turi teisinį išsilavinimą ir posėdžiauja po vieną. Šiuo metu Anglijoje yra apie 30 000 taikos teisėjų, dirbančių beveik 1000 teismų. Formaliai juos skiria karalienė, tačiau praktiškai jie yra skiriami kanclerio vietinių komisijų siūlymu. Taikos teisėjo pareigoms labiausiai tinkamais laikomi asmenys, savo profesine veikla bendruomenės administracijoje, profsąjungose, amatininkų ar kitose sąjungose įrodę savo rūpinimąsi visuomeniniais reikalais, arba tie, kurie neabejotiną rūpinimąsi visuomeniniais reikalais įrodė kitu būdu. Renkant teisėjus turi reikšmės ir partinis bei politinis aspektas. Visiems taikos teisėjams ši veikla (ja dažniausiai užsiimama išėjus į pensiją) nėra pagrindinė. Ji atliekama visuomeniniais pagrindais, o atlyginamos tik tarnybinės išlaidos. Socialinis autoritetas, įgyjamas esant šioje pozicijoje, anaiptol nėra mažas. Provincijos miestų garbingi asmenys, lygiai kaip ir didelių įmonių generaliniai direktoriai, taikos teisėjo pareigas ir galimybę prie savo pavardės pridėti raides „J.P.“ laiko garbės reikalu.

Magistratų teismų kompetencija vienareikšmiškai apsiriboja baudžiamosios teisės reguliuojamais santykiais ir nagrinėja smulkių nusikaltimų bylas, pastaruoju metu dėl labai gausių eismo saugumo deliktų. Šios bylos nagrinėjamos taikant sumarinį procesą, kuriame nedalyvauja prisiekusieji ir kuris trunka labai trumpai, nes būtent bylose dėl smulkių nusikaltimų kaltinamasis dažnai pasinaudoja galimybe pripažinti savo kaltę *(to plead guilty)*; dėl to toliau nustatinėti bylos aplinkybių nebereikia.

Sunkesnių nusikaltimų bylos, kurios negali būti išnagrinėtos nedalyvaujant prisiekusiesiems, teismingos specialiam – Karūnos teismui *(Crown Court)*. Šiame teisme bylas, priklausomai nuo inkriminuojamo nusikaltimo sunkumo, nagrinėja arba teisėjas profesionalas, arba neetatinis baudžiamųjų bylų teisėjas *(Recorder)*, t. y. patyręs baristeris arba solisitorius, kuris šalia savo advokato veiklos pagal specialų pavedimą kartkartėmis eina teisėjo pareigas. Be to, Karūnos teismui gali priklausyti iki keturių taikos teisėjų.

Kontinentinės teisės reguliuojamų santykių sferoje magistratų teismai daugiausia nagrinėja bylas, susijusias su šeimos teisiniais santykiais. Šis teismas sprendžia ginčus tarp sutuoktinių bei tarp tėvų ir (santuokinių ar nesantuokinių) vaikų dėl teisės gauti materialinę pagalbą, įgalina vieną iš sutuoktinių gyventi atskirai, reguliuoja vaikų globos teises, leidžia įsivaikinti, kontroliuoja globos santykius ir turi plačią kompetenciją jaunimo teisių apsaugos sferoje.

Jau keletas metų, kai paskirti taikos teisėjai privalo išklausyti įvadinį kursą apie jų veikloje iškylančias teisines problemas, be to, yra būtina, jog jiems nuolat patartų teisininkas profesionalas. Kiekviename magistratų teisme šį vaidmenį atlieka magistratų teismo justicijos patarėjas *(clerk to the justices)*, solisitorius, kuriam, kaip atliekančiam gretutines pareigas, o didesniuose miestuose ir kaip dirbančiam savo pagrindinį darbą, yra pavedama rūpintis teismo administraciniais reikalais, surašyti bylos nagrinėjimo protokolus ir pirmiausia patarti taikos teisėjui, jei jam nagrinėjant bylą iškyla problemų. Šiam tikslui teisėjų pageidavimu *clerk* gali dalyvauti ir priimant sprendimą.

2. Grafystės teismai Anglijoje buvo įkurti „tik" remiantis 1846 metais priimtu įstatymu. Šių teismų tikslas – pasiūlyti šalims galimybę palyginti mažareikšmius civilinius ginčus nagrinėti jiems lengvai prieinamame teisme pigaus proceso metu.

Anglijoje pastaruoju metu yra apie 270 grafystės teismų. Minėti teismai šalyje yra paskirstyti taip, jog kiekvienas asmuo nesunkiai gali pasiekti vieną iš jų. Šiuose teismuose bylas nagrinėja atskiri teisėjai, vadinami *Circuit Judges*. Be jų grafystės teismuose yra ir *District Judges*, paprasto, griežtai nereglamentuoto proceso metu nagrinėjantys bylas, kuriose ieškinio suma neviršija 5000 svarų sterlingų. Šiuo metu *Circuit Judges* bei *District Court* yra apie 770. Tačiau negalima pamiršti, jog *County Courts* teisėjo pareigas kartais eina *Recorders*. Jais paprastai būna *barristers*, kurie greta savo pagrindinės veiklos Lordo kanclerio ypatingu pavedimu kartkartėmis atlieka teisėjo funkcijas.

County Courts kompetencijai priklauso išimtinai civilinių bylų, kuriose ieškinio suma neviršija 25 000 svarų sterlingų, nagrinėjimas. Ieškinius, kurių kaina viršija šią sumą, visada nagrinėja Aukštasis teismas. Tačiau jei ieškinio suma yra didesnė nei 25 000 svarų sterlingų, bet mažesnė nei 50 000, tokią bylą Aukštasis teismas kompetentingas nagrinėti tik tuomet, jei ji yra ypač sudėtinga arba susijusi su principinės reikšmės klausimais. Ieškinių, kylančių dėl teisinių santykių, sprendžiamų pagal *Equity* normas, ieškinio sumos riba yra 30 000 svarų sterlingų. Be to, dėka šiuolaikinės socialinės įstatymų leidybos, grafystės teismams buvo pavesta spręsti nemažai labai svarbių klausimų, ypač iš butų teisės bei nuomininkų teisių apsaugos reguliuojamų santykių sferos. Kokį svarbų vaidmenį praktikoje atlieka grafystės teismai, parodo tas faktas, jog maždaug 85 procentai visų civilinių bylų pirmąja instancija yra nagrinėjama būtent šiuose teismuose: *If we consider that from a social point of view the importance of a court is the number of persons whose affairs it deals with, there can be no doubt that County Courts are the most important civil courts in the country (Jackson/Spencer*, ten pat, p. 33).

3. Kalbant apie anglų teisingumą užsienyje, o dažnai ir pačioje Anglijoje, pirmiausia turimas omenyje Aukštasis teismas, esantis Londone. Šiuo metu šį teismą sudaro trys skyriai: Karalienės suolo rūmai, Lordo kanclerio rūmai ir Šeimos rūmai. Aukštajame teisme dirbančių teisėjų skaičius, 1925 metais siekęs 25, šiuo metu išaugo iki 97 ir ateityje tikriausiai dar didės. Kiekvienas teisėjas dirba vienuose iš trejų minėtų rūmų. Šiandien 63 teisėjai dirba Karalienės suolo rūmuose, kuriems vadovauja Lordas vyriausiasis teisėjas, rūmų pirmininkas, 15 teisėjų – Lordo kanclerio rūmuose, vadovaujamuose vicekanclerio, o kiti 19 teisėjų – atskiro pirmininko vadovaujamuose Šeimos rūmuose. Visas bylas, išskyrus apeliacinius skundus dėl žemesnių teismų sprendimų bei tam tikrus administracinius-teisinius ginčus, Aukštajame teisme iš esmės nagrinėja vienas teisėjas.

Kompetencija tarp trijų minėto teismo skyrių yra paskirstyta taip, jog Karalienės suolo rūmų teisėjai nagrinėja tas bylas, kurios iki 1873 metų priklausė senų bendrosios teisės teismų kompetencijai. Tai daugiausia ieškiniai dėl žalos, padarytos sutarties pažeidimu ar neteisėtu elgesiu (dažniausiai susijusiu su eismo nelaime ar nelaimingu atsitikimu darbe), atlyginimo. Kai kurių sričių teisiniams ginčams spręsti pačiuose Karalienės suolo rūmuose yra sudaryti specialūs teisminiai padaliniai. Tai komercinių bylų teismas *(Commercial Court)*, nagrinėjantis tarp atskirų verslininkų ar tarp atskirų įmonių dėl komercinių sandorių kylančius ginčus. Ginčus, kylančius dėl laivų susidūrimų, dėl laivų kreditorių teisių, dėl laivais gabentiems kroviniams padarytos žalos bei dėl laivų konfiskavimo sprendžia Admiraliteto teismas, o vieni iš rūmų, dažniausiai svarstantys žemesniųjų teismų apeliacijas – *Divisional Court* – daugiausiai nagrinėja administracinius-teisinius ginčus. Lordo kanclerio rūmų teisėjų kompetencijai priklauso visų bylų dėl palikimo, nemokaus skolininko turto, neveiksnaus asmens turto valdymo ar bylų, susijusių su *trust* (patikėjimo) teise, įmonių teise ar teisine verslo apsauga, taigi smarkiai paveiktų *Equity* teisės nagrinėjimas. Pagaliau Šeimos rūmai nagrinėja šeimos teisinius ginčus.

Svarbią teisminę veiklą Aukštajame teisme atlieka gausus būrys *masters* arba *registrars*. Jais yra baristeriai arba solisitoriai, turintys tam tikros profesinės patirties. Jų veiklos pobūdis yra labai įvairus (apie tai plg. *Diamond,* L. Q. Rev. 76 (1960) 504). Glaudžiai bendradarbiaudami su proceso šalimis ir jų teisiniais patarėjais, parengtinėse stadijose jie turi paruošti bylą taip, jog teisėjas vieninteliame teismo posėdyje galėtų priimti sprendimą. Pavyzdžiui, *master* sprendžia (šį jo sprendimą galima nuginčyti – paduoti skundą teisėjui) klausimą, ar byla turi būti nusiųsta grafystės teismui, ar reikia, o jei reikia, tai kaip suteikti garantijų, ar reikia eksperto išvadų, ar būtina užtikrinti įrodymus. Be to, gavęs tam tikrus šalių prašymus jis rūpinasi, kad kiekviena iš jų prieš prasidedant žodiniam bylos svarstymui priešininką supažindintų su būsima savo pozicija ir turimais svarbiais dokumentais. *Master* taip pat stengiasi, kad būsimo teisminio proceso šalys kuo daugiau klausimų laikytų neginčytinais ir taip sumažintų įrodinėjimo procesą bei palengvintų teisėjo darbą. Akivaizdu, jog taip kruopščiai ruošiantis bylos nagrinėjimui ir proceso šalis gerai supažindinus su viena kitos pozicijomis, jau prieš žodinio bylos svarstymo pradžią daug ginčytinų klausimų išsprenžiama abipusiu susitarimu arba ieškinio pripažinimu ar jo atsiėmimu.

4. Apeliaciniai skundai dėl Aukštojo teismo, ir tam tikra dalimi dėl grafystės teismų sprendimų paduodami Apeliaciniam teismui. Teoriškai šiame teisme svarbiausias teisėjas yra Lordas kancleris. Tačiau jo pareigas šioje srityje atlieka kitas teisėjas, vadinamas *Master of the Rolls*. Šį titulą jis, kaip antrasis po Lordo kanclerio, turi jau maždaug nuo XVII amžiaus. Be jo, Apeliaciniam teismui priklauso dar 29 teisėjai, kurie kaip *Lord Justices of Appeals* nagrinėja bylas trise. Apeliacinis teismas tikrina visus teisinius samprotavimus, kuriais remiasi apskųstasis sprendimas. Priešingai, jeigu jis mano esąs susaistytas pirminės instancijos nustatytų *faktų*, remdamasis jais jis gali padaryti kitas teisines išvadas. Todėl Apeliacinis teismas pakartotinai neatlieka įrodymų, pateiktų pirmajai instancijai, tyrimo, o *naujų* įrodymų galima pateikti tik labai ribotai.

5. Ne tik Anglijoje, bet ir Škotijoje bei Šiaurės Airijoje, kurios, beje, turi savas teismų sistemas, aukščiausia teisminė instancija yra Lordų Rūmai. Šiame teisme sprendimus priima specialus teisminis komitetas, kuriam be dabartinio bei ankstesnių (dėl vyriausybės pasikeitimo iš pareigų pasitraukusių) Lordų kanclerių priklauso dar 10 teisėjų, oficialiai vadinamų

Lordais teisėjais. Šis komitetas nagrinėja apeliacinius skundus dėl Apeliacinio teismo sprendimų, jei sutikimą apeliacijai dėl jos principinės reikšmės davė Apeliacinis teismas arba pats komitetas.

Pagaliau trumpai paminėti reiktų ir *Judicial Committee of the Privy Council. Privy Council* – tai iš senos *Curia Regis* kilusi valstybės taryba. Joje sukurtas teisminis komitetas, kurio užduotis – duoti karalienei rekomendaciją (ja ji visada vadovaujasi), kokį sprendimą ji turėtų priimti dėl tokių prašymų, kai šalys nesėkmingai kreipėsi į Britanijos Sandraugos šalių nacionalinius teismus ir dabar kreipiasi į karalienę, kaip į aukščiausią teisminį arbitrą, prašydamos priimti joms palankų sprendimą. Tiesa, kai kurios svarbios šios sandraugos šalys – Kanada, Indija, Pakistanas, nuo 1982 metų ir Australija – savo aukščiausių teismų sprendimus paskelbė galutiniais ir neskundžiamais ir tuo panaikino kreipimosi į *Privy Council* (Slaptąją tarybą) galimybę. Tačiau dar ir šiandien šis teismas nagrinėja bylas tokių šalių, kaip Naujoji Zelandija, Honkongas, Siera Leonė, Bermudų salos, Gibraltaras, Maurikijus. Tai yra dar vienas įspūdingas įrodymas, kaip plačiai yra pasklidusi *Common Law* teisės tradicija.

6. Lordas kancleris į Aukštąjį teismą renka *Circuit Judges* bei *District Judges* iš baristerių, turinčių ne mažesnį nei 10 metų profesinio darbo stažą. Kancleriui pasiūlius, juos skiria karalienė. Kartu jiems suteikiamas bajoro titulas. Nors Lordas kancleris yra vyriausybės narys ir todėl tam tikriems asmenims turi nemažai politinių simpatijų, be to, dažnai yra Bendruomenių rūmų narys, reikia pripažinti, jog skiriant teisėjus politiniai sumetimai per paskutiniuosius 50 metų buvo visai nesvarbu. Tokiame siaurame rate, kokį sudaro baristeriai, greitai susidaro *communis opinio* apie tai, kuris iš kolegų yra vertas teisėjo vardo. Lordas kancleris, teisėju pasiūlęs politiškai patikimą, bet profesiniu požiūriu netinkamą baristerį, labai greitai sulauktų viešo papeikimo arba dar blogiau – taptų visuotinės pajuokos objektu. Paskirti teisėjai yra visiškai nepriklausomi. Pagal dar šiandien galiojančią 1701 metų *Act of Settlement* formuluotę teisėjas išsaugo savo pareigas *during good behaviour subject to a power of removal by His Majesty on an address presented to His Majesty by both Houses of Parliament*. Nuo 1701 metų dar nė vienas anglų teisėjas nebuvo pašalintas iš pareigų. Todėl Anglijoje niekas nežino, kaip tiksliai turėtų atrodyti ši atleidimo iš pareigų procedūra (plg. *Jackson/Spencer*, ten pat, p. 368). Siekimas pakilti tarnyboje, kuris kontinentinės Europos teisės sistemos šalyse gali pakenkti karjeros teisėjo nepriklausomybei, Anglijoje neturi jokios reikšmės. Asmuo, tapęs Aukštojo teismo teisėju, pasiekia absoliučią savo karjeros viršūnę, o tolesnis „pakėlimas" į Apeliacinio teismo ar Lordų Rūmų teisėjus dėl kitokio šių teismų veiklos pobūdžio daugelio netgi labai nevilioja.

Visi teisėjai, kaip ir *Circuit Judges*, parenkami iš sėkmingai dirbančių ir gerbiamų baristerių. Tokia praktika įmanoma, kadangi aukštesniuose teismuose dirba šiam darbui tinkami ir didelę patirtį turintys teisėjai, labai gerbiami visų teisininkų. Tačiau, daugelio nuomone, toks teisėjų parinkimo principas turi ir trūkumų, kadangi vidutinis anglų teisėjas yra labai konservatyvių pažiūrų. Iš tiesų sunku tikėtis, kad toks asmuo, kuris tuo metu padarė puikią profesinę karjerą, imsis kritikuoti ar įnirtingai reformuoti esamą padėtį. Išlaikyti esamą padėtį padeda ir tas faktas, jog nė vienas baristeris netapo teisėju, kol nesulaukė 40 metų. Daugeliu atvejų teisėju tampama jau esant daugiau nei 50 metų ir tik sulaukus 75 metų išeinama į pensiją. Anglų teisininkams buvo ypač priekaištaujama dėl to, kad jie, šiaip ar taip, iki Antrojo

pasaulinio karo pradžios dėl pernelyg individualistinių motyvų laikėsi nepalankaus požiūrio į modernios įstatymų leidybos socialinėje sferoje plėtojimąsi ir daugelį normų prieš aiškiai išreikštą įstatymo leidėjo valią aiškino labai siaurai (plg. *Jackson/Spencer*, p. 377 ir *Abel-Smith/ Stevens*, p. 166 ir kt.).

Savaime suprantama, netrukus išaiškėjo įstatymų leidėjo reakcija. Kaip teigia dauguma autorių, įstatymų leidėjas modernius darbo, socialinio draudimo, mokesčių, žemės nuomos, statybos teisės įstatymus bei didelio butų trūkumo laikais atsiradusius butų nuomos teisės įstatymus, kuriais buvo siekiama apsaugoti nuomininką nuo sutarties nutraukimo ir nuomos mokesčio didinimo, tyčia pavedė *judge proof* – visus šiose teisinio reguliavimo sferose kylančius ginčus perdavė ne paprastiems teismams, bet specialiems *tribunals*, kuriuose procesas buvo nesudėtingas ir pigus. Šiuose teismuose paprastai posėdžiaudavo neteisininkai; jie buvo labai susiję su tam tikromis valdžios bei valdymo institucijomis. Tik labai nedaug minėtų teisinių ginčų apeliacijos būdu galėjo būti nagrinėjama Apeliaciniame teisme. Beje, pagalvojus apie Vokietijoje egzistuojančius trijų pakopų administracinius ir socialinius teismus, būtent ši aplinkybė padeda suvokti, kodėl Anglijoje pasitenkinama palyginti tokiu mažu teisėjų skaičiumi.

Kad ir kiek būtų kalbama apie anglų teisėjų konservatyvumą, vis dėlto yra akivaizdu, jog pastaraisiais metais pasiruošimas reformoms Anglijoje smarkiai suaktyvėjo, o esamoji teismų sistema vis energingiau yra kritikuojama. Kai kurie radikalūs kritikai reikalauja, kad teisinės profesijos, panašiai kaip *National Health Service*, turėtų būti „nacionalizuotos", o teismų sistema – sugriauta. Ir tas, kuriam šie siūlymai, esant dabartinei padėčiai, atrodo neįgyvendinami, turi pripažinti, jog drastiškų proceso bei teismų santvarkos reformų reikalauja ir įtakingi teisininkai (plg. *Jaco*, The Fabric of English Civil Justice [1987] 246 ir kt. ir ypač *Zander*, A Matter of Justice, The Legal System in Ferment [1989]. 1990 metų *Courts and Legal Services Act* žengė pirmą žingsnį šia kryptimi. Kitų šios reformos priemonių dar laukiama ateityje.

Dėl materialinės teisės reformos reikia pasakyti, jog nuo 1965 metų tiek Anglijoje, tiek Škotijoje egzistuoja penkių narių Teisės komisija *(Law Commision)*, kuri ypač gerai aprūpintu personalu turi atlikti iš tiesų didelę užduotį:

„to take and keep under review all the law... with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of such law, the elimination of anomalies, the repeal of obsolete and unnecessary enactments, the reduction of the number of separate enactments and generally the simplification and modernisation of the law" (Law Commissions Act [1965]s. 3). Teisės komisijos siūlymų pagrindu yra priimta daug įstatymų, kurie modernizavo bei pagerino anglų teisę sprendžiant atskirus svarbius klausimus. Tačiau visaapimančios sutarčių teisės kodifikacijos plano, kurį Teisės komisija iš pradžių numatė savo darbo programoje, vis dėlto vėl buvo atsisakyta. Visi argumentai už ir prieš anglų teisės kodifikaciją yra išdėstyti gausiose publikacijose, kurios skaitytojui iš kontinentinės teisės sistemos kelia ypač didelį susidomėjimą. Palyginkime *Scarman*, A Code of English Law? (1966); *Hahlo*, Here Lies the Common Law:Rest in Peace, Mod.L. Rev.30 (1967) 241; *Diamond*, Codification of the Law of Contract, Mod. L.Rev. 31 (1968) 361; *Donald*, Codification in Common Law Systems, Austr. L. J. 47 (1973) 160; *Kerr*, Law Reform in Changing Times, L. Q. Rev.96 (1980) 515; *North*, Problems of Codification in a Common Law Country, Ra-

belsZ 46 (1982) 94; *Anton*, Obstacles to Codification, Jur.Rev.1982, 15 ir, kontinentinės teisės sistemos autoriaus požiūriu, *Kötz*, Taking Civil Codes Less Seriously, Mod.L.Rev.50(1987) 1.

Kai kuriuos anglų teisėtumo aspektus pastaruoju laiku ne kartą kritikavo kompetentingi komitetai ir spauda. Atrodo, jog linkstama prie to, kad didinant ieškinių, kuriuos nagrinėja grafystės teismas, sumas ir didėjant baudžiamąsias bylas nagrinėjančio Karūnos teismo reikšmei, silpnėja tradicinė teisingumo centralizacija Londone. Nusipelno dėmesio ir tas faktas, jog Anglijoje jau seniai yra eksperimentuojama su nauja „neformalia" smulkių civilinių-teisinių ginčų reguliavimo procedūra, o neteisminę teisinę konsultaciją nepasiturintiems žmonėms teikia ne tik advokatai, bet ir piliečių konsultaciniai biurai. Jeigu iki šiol anglų justicija savo žavumo neprarado kontinentinės Europos tyrinėtojo akyse, tai mažiausiai lemia nepaprasta Anglijos teisėjo padėtis. Šį faktą, priešingai, labiau lemia klausimas, kaip Anglija ateinančiais metais sugebės rasti kompromisą tarp savo tvirto prisirišimo prie tradicinių teisinių institutų ir tarp poreikio turėti efektyvią, kiekvienam prieinamą teisę į teisminę gynybą, nes tai yra neatskiriamas šiuolaikinės socialinės valstybės atributas.

III.

Anglijoje tradiciškai yra išskiriamos solisitoriaus ir baristerio teisinės profesijos. Šis skirtumas, apie kurį ankstesniuose skirsniuose gana dažnai užsimenama, atskleidžia dar vieną Anglijos teisinės sistemos ypatumą. Apie jį dabar ir pakalbėsime.

1. Tipinis Anglijos solisitorius - tai savarankiškas advokatas, kuris vienas ar su kitais solisitoriais teikia teisinę pagalbą savo klientams tvarkant asmeninius ar komercinius reikalus. Solisitorius tvarko kliento reikalus, susijusius su žemės sklypu, rengia sutartis bei testamentus, perima palikimo valdymą ir teikia jam teisinę konsultaciją mokesčių, konkurencijos, draudimo bei verslo klausimais. Be to, solisitoriai patys gali imtis visų priemonių, kurių reikia procesui pradėti. Savo klientų vardu jie gali dalyvauti atliekant visus procesinius veiksmus iki pat bylos nagrinėjimo teisme. Tačiau dalyvauti bylos nagrinėjime solisitoriai gali tik magistratų bei grafystės teisme. Tokia teisė jiems nėra suteikta Karūnos teisme, Aukštajame teisme bei aukštesniuosiuose teismuose. Nors tokį apribojimą solisitoriai pripažįsta esant neteisingu ir jau daugelį metų jam priešinasi, 1990 metų *Courts and Legal Services Act* aktyviai baristeriams priešinantis šiek tiek teismų duris pravėrė, bet *right of audience* suteikimą solisitoriams padarė priklausomą nuo tiek daug sąlygų, jog apie didesnius esamos praktikos pakeitimus netolimoje ateityje negalima nė svajoti.

Daugumos kontorų solisitorių pagrindinę veiklą sudaro ne pasiruošimas teisminiam procesui, jo pradėjimas ar dalyvavimas jame, o sandorių, susijusių su žemės sklypu, vykdymas. Kadangi žemės kadastrai yra tik nedaugelyje sričių, o ir ten jie, palyginus su Vokietija, nėra pakankamai gerai išplėtoti, savininko, kuris ketina savo žemės sklypą parduoti ar apsunkinti kokia nors prievole, nuosavybė turi būti kruopščiai patikrinta pirkėjo arba kreditoriaus. Nuosavybės teisių perdavimo dokumentus sudaro solisitoriai; iš šios veiklos gaunamos pajamos sudaro beveik pusę visų jų pajamų.

1989 metais Anglijoje buvo apie 60 000 solisitorių. Iš jų apie 13 000 dirbo nesavarankiškai – vietinės valdžios institucijose arba pramonės bei prekybos įmonėse. Iš 9100 esančių advokatų biurų

maždaug 80 procentų dirba 1–4 partneriai, 14 proc. – 5–10, o likusioje dalyje daugiau nei 10 partnerių. Santykis tarp partnerių ir solisitorių asistentų yra maždaug 3:1, o dideliuose biuruose tik 2:1. 1991 metais Londone buvo šeši biurai, kuriuose dirbo daugiau nei 500 solisitorių.

Law Society yra profesinė solisitorių organizacija, kuriai priklauso maždaug 80 proc. visų solisitorių. Nors įstatymai ir nenumato, jog kiekvienas solisitorius privalo tapti šios organizacijos nariu, *Law Society* suteikiama teisė, pritarus Lordui kancleriui bei kitiems aukštiems teisėjams, išleisti normas dėl solisitorių švietimo ir priėmimo į solisitorius. Be to, *Law Society* per specialų drausmės komitetą, kurio narius iš šios organizacijos vadovaujančiųjų institucijų skiria *Master of the Rolls*, turi plačią jurisdikciją savo profesijos asmenims. Solisitorių honorarai yra apskaičiuojami pagal tam tikrus mokesčių nuostatus, kuriuos pagal įstatyminį įgaliojimą nustato įvairūs komitetai, sudaryti iš aukštas pareigas einančių teisėjų bei *Law Society* atstovų.

2. Baristerių veikla – tai advokato praktika aukštesniuosiuose teismuose. Jų veiklai būdinga rašytinių dokumentų rengimas teisminiam procesui ir pasisakymai teisme. Šioje srityje egzistuoja baristerių monopolija, pagrįsta ne įstatymu, bet jau nuo seno gyvuojančia teismine praktika, pagal kurią kiekviena proceso šalis teisme gali dalyvauti asmeniškai, tačiau savo gynėju gali pasirinkti tik baristerį. Be to, visi baristeriai žodžiu arba raštu teikia teisinę konsultaciją bei juridinės ekspertizės išvadas, rengia sudėtingus testamentus, sutartis, susijusias su žemės sklypais, arba patikėjimo sandorius. Todėl šiais atvejais tarp baristerių ir didelėse kontorose dirbančių solisitorių susidaro tam tikra konkurencija. Pabrėžtina ir tai, jog ypač sunkių bylų atvejais solisitoriai dėl ekspertizės paprastai kreipiasi į baristerius, kurių dauguma specializuojasi tam tikroje srityje ir todėl puikiai išmano joje susiklosčiusią teisminę praktiką. Būtina žinoti ir tą faktą, jog profesinės etikos normos baristeriams draudžia palaikyti tiesioginį ryšį su proceso šalimis. Norintis vesti civilinį procesą Aukštajame teisme arba iš baristerio gauti teisinės ekspertizės išvadą, turi pasinaudoti solisitoriaus tarpininkavimu. Jeigu taip su baristeriu užmezgus ryšį paaiškėja, jog baristeriui reikia pasitarti su klientu, pagal baristerių profesinės etikos taisykles baristeris gali susitikti su klientu tik dalyvaujant solisitoriui, ir, jei tai yra įmanoma, pastarojo kontoroje. Kadangi tik nedaugelis klientų nori, jog jų reikalus tvarkytų konkretus baristeris, pastarojo parinkimas priklauso nuo solisitoriaus. Todėl sėkmingam baristerio darbui labai svarbu glaudūs ryšiai su didelėmis solisitorių kontoromis.

Iki šiol baristeriams yra draudžiama sudaryti komercines kontoras. Vietoj to vidutiniškai 12–15 baristerių susijungia į tvirtais ryšiais nesusaistytą biurą *(sets of chambers)*, kurio nariai dažnai specializuojasi tam tikroje teisės šakoje. Londone visi tokie biurai tradiciškai yra įsikūrę *Inns of Court* pastatuose, esančiuose netoli Aukštojo teismo. Kiekvieno biuro personalo vadovas yra vadinamas klerku. Jis užmezga kontaktus tarp savo biuro baristerių ir solisitorių, susitaria dėl susitikimų laiko, teikia informaciją apie atskirų baristerių darbo krūvį bei susitaria su solisitoriumi dėl honoraro, kurį baristeriui turės sumokėti klientas. Honoraro dydžio įstatymas nenustato. Jis priklauso nuo problemos sunkumo ir jos reikšmės, bet pirmiausia – nuo konkretaus baristerio reputacijos ir autoriteto. Kadangi klerkui priklauso tam tikras honorarų, gaunamų jo biuro baristerių, procentas, savaime suprantama, jog jis yra suinteresuotas susitarti dėl maksimalaus honoraro dydžio ir dėl to, kad užsakymas neatitektų kitam biurui. *Tiesioginis* susitarimas dėl honoraro tarp baristerio ir solisitoriaus, apeinant klerką, iki pastarojo meto buvo laikomas profesinės etikos pažeidimu, ir dar šiandien tokie atvejai yra labai reti.

Honorarų nustatymo būdas bei draudimas sudaryti komercines baristerių kontoras lemia tai, jog jauni baristeriai pirmaisiais savo veiklos metais paprastai labai sunkiai užsidirba lėšų pragyvenimui. Bet kuo geresnę savo reputaciją jie sugeba sukurti ir kuo glaudesnius ryšius užmezga su solisitorių biurais, tuo didesnę paklausą jie įgyja ir, per savo asociacijos klerkus, gali reikalauti tuo didesnių honorarų. Populiarūs baristeriai paprastai yra užversti darbu, nes advokato veikla gali būti atliekama tik *in persona*, ir baristeris iš esmės privalo atlikti kiekvieną užsakymą, jei už jį jau sumokėtas sutartas honoraras. Labai sėkmingai dirbantiems baristeriams anksčiau ar vėliau iškyla klausimas, kaip sumažinti turimą darbo krūvį. Dėl to jie turi kreiptis į Lordą kanclerį prašydami, kad šis pasiūlytų karalienei suteikti jiems *Queen's Counsel* (sutrumpintai Q. C.) laipsnį. *Queen's Counsel* sudaro baristerių elitą, iš kurių renkami Aukštojo teismo bei grafystės teismų teisėjai. Šie asmenys yra labai gerbiami teismų bei savo kolegų ir gali dėvėti šilko mantiją. Neatsitiktinai apie tik pradedantįjį *Queen's Counsel* sakoma: *He has taken silk*. *Queen's Counsel* gali reikalauti ypač didelių honorarų ir paprastai teisme dalyvauja tik kartu su „nuolatiniu" baristeriu, kuriam proceso šalys, žinoma, moka papildomą honorarą. Kadangi dėl to honorarai pasidaro ypač dideli, *Queen's Counsel* pavedamos tik labai svarbios ir įdomios bylos. Suprantama, baristeriai negali *reikalauti*, jog juos paskirtų *Queen's Counsel*. Kad Lordas kancleris patenkintų tokį baristerio prašymą ir siūlytų besikreipiantį baristerį paskirti *Queen's Counsel*, jis turi atitikti šiuos reikalavimus: pirma, kandidatas turi turėti ne trumpesnį kaip 10 metų baristerio stažą; antra, jo minėta veikla turi būti labai sėkminga; trečia, jis turi būti įgijęs gerą reputaciją tarp savo kolegų. Iš 6500 baristerių, Anglijoje dirbusių 1990 metais (iš jų 2/3 su *chambers* Londone), tik 10 proc. turėjo *Queen's Counsel*.

Profesinės baristerių organizacijos – tai keturios lygiavertės *Inns of Court*, kurios yra žinomos kaip *„Lincoln's Inn"*, *„the Inner Timple"*, *„the Middle Temple"* ir *„Gray's Inn"*. Minėtų *Inns* reikalus tvarko vadinamieji *benchers*, t. y. grupė vyresnių ir labiau patyrusių baristerių, kuriuos renka ne jų *Inn* nariai, bet kurie šias pareigas užima kooptacijos būdu ir jas eina iki gyvenimo pabaigos. Dauguma iš jų yra gerbiami karališkieji advokatai arba teisėjai, kurie po paskyrimo išlieka ir savo *Inn of Court* nariais.

Į seniūnų pareigas pirmiausia įeina *Inns of Court* reikalų tvarkymas, jos turto valdymas, studentų, kurie pradėdami studijuoti privalo tapti vienos iš *Inn* nariais, priėmimas bei baristerio vardo suteikimas studijas baigusiems studentams. Be to, egzistuoja ir kitos organizacijos, kurių atliekamos užduotys yra svarbios visam baristerių luomui. Svarbiausia iš jų yra *General Council of the Bar*, kurios nariai yra renkami iš visų baristerių. Ši organizacija atstovauja baristerių interesams santykiuose su įstatymų leidėju, visuomene, teisininkų draugijomis *(Law Society)* bei kitomis organizacijomis ir nustato baristerių luomo direktyvas. *Council Of Legal Education* organizuoja studentų, pasirinkusių baristerių profesiją, švietimą.

Norintiems apie baristerių profesiją bei jos vietą Anglijos teisinėje sistemoje sužinoti išsamiau, siūlome paskaityti *Megarry* ir *Abel-Smith/Stevens*, ten pat, veikalus. Pirmojoje knygoje, parašytoje iš sėkmės sulaukusio karališkojo advokato pozicijų, aiškiai ir laisvai vaizduojama Anglijos baristerių ir teisėjų veikla. Be to, ji sudaro įspūdį, jog visi Anglijos teisingumo sistemos reikalai klostosi kuo puikiausiai ir drastiškų reformų ne tik kad nereikia, bet netgi galbūt jos kenktų. *Abel-Smithas* ir *Stevensas*, priešingai, į viską žvelgia iš empirinio sociologo pozicijų ir kelia klausimą, ar Anglijos teisės sistema šiandien dar atitinka reikalavimus, kuriuos jai, kaip socialinei paslaugai, kelia

šiuolaikinė visuomenė. Į šį klausimą autoriai labai ryžtingai duoda neigiamą atsakymą, ir jų samprotavimai užsienietį teisininką, ypač anglofilą, priverčia susimąstyti. Lygiai taip pat kritiškas yra ir Zanderio *Lawyers and the Public Interest* veikalas. Šio autoriaus manymu, pagrindinis įstatymų bei tradicijų pagrindu susiklosčiusių Anglijos baristerių bei solisitorių monopolizmo bei profesinių pareigų tikslas – apriboti laisvą teisinių paslaugų atlikimo bei paskirstymo konkurenciją. Į pagrindinį klausimą, ar toks konkurencijos apribojimas gali būti pateisinamas visuomenės interesais, autorius atsako neigiamai. Labai kritišką analizę palyginkime: *Hazell*, ten pat. Daug informacijos pateikiama *Benson Report*, ten pat bei vėl *Zander*, Current Legal Problems 1980, 33.

3. Anglijos teisiniam mokymui būdinga daugybė požymių, užsieniečiui sukeliančių nuostabą. Šio mokymo tikslas – rengti ne profesionalius *teisėjus*, kaip yra Vokietijoje, bet profesionalius *advokatus*. Tai patvirtina ir tas faktas, jog Anglijoje nėra „karjeros teisėjų“. Teisėju gali tapti tik asmuo, prieš tai daugelį metų labai sėkmingai dirbęs advokatu. Iš teisininko profesijos suskaidymo į dvi dalis išplaukia, jog solisitorių ir baristerių mokymo procesai yra skirtingi, ir tai, jog jie laiko skirtingus egzaminus. Galiausiai Anglijos teisininkų luomo istorine raida gali būti paaiškintas tas faktas, jog solisitoriai ir baristeriai teisinį išsilavinimą įgyja ir egzaminus laiko ne valstybinėse įstaigose ar universitetuose, bet tokiose profesinėse organizacijose, kaip *Inns of Court* ir *Law Society*. Tiesa, beveik visuose Anglijos universitetuose yra teisės studijos, dažniausiai po trejų metų baigiamos teisės bakalauro *(Bachelor of Laws)* laipsniu, o Oksforde bei Kembridže – menų bakalauro *(Bachelor of Arts)*. Šiandien dauguma anglų teisininkų, dirbančių baristeriais ar solisitoriais, turi universitetinį teisinį išsilavinimą. Bet tai nėra privaloma. Solisitoriumi galima tapti netgi universitete nebaigus jokių studijų, o *Inns of Court* reikalauja, kad būsimi baristeriai būtų baigę studijas, tačiau nebūtinai teisės. Apie daugelį labai įžymių anglų teisėjų galima pasakyti, jog jie niekada nėra studijavę teisės universitete. Prieš apsispręsdamas tapti baristeriu ir pradėdamas šią veiklą, turėdamas tam reikalingą teisinį išsilavinimą, įgytą už universiteto ribų, Lordas Diplockas studijavo chemiją, Lordas Denningas – matematiką, o Lordas Wilberforce'as – klasikinius senovės mokslus.

Šiuo metu yra skiriamos dvi juridinio išsilavinimo dalys: „akademinė“ ir „praktinė“. „Akademinė“ dalis – tai dažniausiai trejus metus trunkantis teisinis universitetinis išsilavinimas. Sėkmingai baigęs kitos srities studijas ir tik tuomet nusprendęs tapti baristeriu ar solisitoriumi, tai gali padaryti išklausęs vienerių metų kursą, kurio turinį ir baigiamuosius egzaminus *(Common Professional Examination)* nustato ir kontroliuoja abiejų teisinių profesijų organizacijos.

Pasibaigus minėtam etapui, prasideda „praktinė“ dalis, kuri yra skirtinga būsimiesiems baristeriams ir būsimiesiems solisitoriams. Norintis tapti baristeriu, turi baigti vienerių metų kursą *Inns of Court Law School* Londone. Būsimajam solisitoriui reikia išklausyti atitinkamą, taip pat vienerius metus trunkantį, kursą Londone arba provincijoje. Minėtais atvejais disciplinas dėsto bei egzaminuoja teisėjai ir kiti praktikai.

Išlaikę egzaminus, būsimieji solisitoriai viename iš solisitorių biurų turi atlikti dvejus metus trunkančią mokomąją praktiką, kur mokomoji sutartis vadinama *articles* ir todėl mokinys – *articled clerk*. Po šio mokymosi jaunasis teisininkas priimamas į solisitorių gretas. Tačiau dirbti savarankiškai advokatu arba tapti partneriu vienoje iš solisitorių komercinių kontorų jis gali tik prieš tai trejus metus išdirbęs advokato padėjėju. Tokiu būdu visuomenę siekiama apsaugoti nuo nepatyrusių jaunų advokatų. Panašus yra ir baristerių mokymosi procesas. Būsi-

mieji baristeriai į vieną iš keturių *Inns of Court* turi būti įtraukti kaip *bar students* ir vienerius metus kaip *pupil* viename iš baristerių biurų turi įgyti praktinės patirties, prižiūrimi *pupil master*.

Be to, reikalaujama, jog *bar student* savo *Inn of Court* įvykdytų nustatytą skaičių – keturis kartus per metus vykstančių *dining terms*. *Dining terms* – tai maždaug trijų savaičių laikotarpis, per kurį *bar students* gali vakarieniauti savo *Inns of Court* valgyklose. Laikoma, jog vienas *dining term* yra įvykdytas tuomet, kai būsimasis baristeris dalyvavo bent trijose vakarienėse. Baristerio vardas jaunajam teisininkui gali būti suteiktas tik tuomet, kai jis yra dalyvavęs 24 vakarienėse. Šio renginio prasmę galima paaiškinti tuo, jog anksčiau per bendras vakarienes būdavo užmezgami kontaktai tarp baristerių ir jaunimo, vykdavo diskusijos teisiniais klausimais ir būdavo žaidžiami teismą imituojantys žaidimai. Šiandien, ypač dėl gausaus studentų skaičiaus, minėtas renginys neteko savo prasmės: „Today it is difficult to find any student who can see any value or utility in the ritual of dining in hall. The food, it is said, is poor or scanty or both, and the conversation does no more than pass the time; but the Inn requires it, and so one must go through the pointless ceremony" (*Megary*, p. 114). Palyginkime kritinį komentarą *Berson Report*, p. 641 ir kt.

Po išlaikyto egzamino kandidatą jo gildijos seniūnas šventinėje ceremonijoje priima į baristerius.

4. Anglijoje vėl gyvai diskutuojama, ar ir toliau turi būti tvirtai laikomasi teisininko profesijos padalijimo į dvi dalis. Šios profesijos padalijimo *naudai* byloja tas faktas, jog baristerių specializavimasis advokato veikloje yra labai naudingas tiek proceso šalims, tiek teismui. *Šalims* tai naudinga todėl, kad baristeris į bylą žvelgia iš šalies, naujai ir nuolatinės praktikos dėka turi patirties sakyti ginamąsias kalbas teisme. *Teismui* tai naudinga todėl, kad teisėjams glaudų ir pasitikėjimu pagrįstą bendradarbiavimą su advokatais yra lengviau pasiekti tuomet, kai jie bendradarbiauja su tam tikra patyrusių specialistų grupe. Teisininko profesijos padalijimo *nenaudai* liudija tas faktas, jog jis smarkiai ištęsia procesą ir pakelia jo kainą, nes su ta pačia byla tai kartu, tai kartkartėmis ją perduodami vienas kitam, dirba du teisininkai. Aišku, jog dalykinė specializacija teisininko profesijoje, susijusi su žemės sklypų sandoriais ar su dalyvavimu teismo procesuose, yra prasminga. Tik abejojama, ar tokios specializacijos būdas ir apimtis turi būti įtvirtinti taisyklėmis, kaip tai yra Anglijoje, ar, kaip yra Europos kontinente ir JAV, tai turi būti palikta laisvam rinkos jėgų žaidimui (apie tai palyginkime *Jackson/Spencer*, p. 353 ir kt.; *Abel-Smith/Stevens*, p. 304 ir kt.; bei prieš tai dar kartą *F. A. Mann*, ten pat).

16. BENDROSIOS TEISĖS *(COMMON LAW)* PAPLITIMAS PASAULYJE

Allot (Leidėjas), The Future of African Law (1960); *to paties autoriaus*, New Essays in African Law (1970); *to paties autoriaus*, Judicial and Legal Systems in Africa (1970); *Baker*, The Legal System of Israel (1968); *Bentwich*, The Migration of the Common Law: Israel, L.Q.Rev. 76 (1960) 64; *Bin-Nun*, The Law of the State of Israel (1990); *Bose*, The Migration of the Common Law: India, L.Q.Rev. 76 (1960) 59; *Cotran*, The Place and Future of Customary Law in East Africa, veikale: East Africa Law Today (Leidėjas: British Institute of International and Comparative Law,

1966) 72; *Daniels*, The Common Law in West Africa (1964); *Dannenbring*, Heutiges römisch-holländisches Recht, Vom Privatrecht der Republik Südafrika, ZfRV 6 (1965) 56; *Derrett*, The Role of Roman Law and Continental Laws in India, RabelsZ 24 (1959) 657; *to paties autoriaus*, Justice, Equity and Good Conscience, veikale: Changing Law in Developing Countries (Leidėjas: Anderson, 1963) 114; *Dhavan*, Borrowed Ideas: On the Impact of American Scholarship on Indian Law, Am.J.Comp.L. 33 (1985) 505; *Elias*, British Colonial Law, A Comparative Study of the Interaction between English and Local Laws in British Dependencies (1962); *Friedmann*, The Effect of Foreign Law on the Law of Israel (1975); *Galanter*, Law and Society in Modern India (1989); *Gledhill*, Pakistan, The Development of Its Laws and Constitution (1967); *to paties autoriaus*, The Republic of India, The Development of Its Law and Constitution (1964); *Guttmann*, The Receptin of the Common law in the Sudan, Int.Comp.L.Q. 6 (1957) 401; *Hahlo/Kahn*, The Union of South Africa, The Development of Its Laws and Constitution (1960); *to paties autoriaus*, The South African Legal System and Its Background (1968); *Hosten*, The Permanence of Roman Law Concepts in South African Law, Comp.Int.L.J.S.Afr. 2 (1969) 192; *to paties autoriaus*, Legal Sources and the Codification Movement in South Africa, Liber Memorialis François Laurent (1989) 301; *Jain*, Outlines of Indian Legal History (1981); *Jennings/Tambiah*, The Dominion of Ceylon, The Development of Its Laws and Constitution (1952); *Kaser*, das römische Rect in Südafrika, SavZ/Rom. 81 (1964) 1; *Laskin*, The British Tradition in Canadian Law (1969); *Latham*, The Migration of the Common Law: Australia, L.Q.Rev. 76 (1960) 54; *Matson*, The Common Law Abroad; English and Indigenous Laws in the British Commonwealth, Int.Comp.L.Q. 42 (1993) 753; *von Mehren*, Law and Legal Education in India: Some Observations, Harv.L.Rev. 78 (1965) 1180; *Moran*, The Migration of the Common Law: The Republic of Ireland, L.Q.Rev. 76 (1960) 69; *Nicholls*, The Migration of the Common Law: Canada, L.Q.Rev. 76 (1960) 74; *Paton* (Leidėjas), The Commonwealth of Australia, The Development of Its Laws and Constitution (1952); *Rabello* (Leidėjas), European Legal Traditions and Israel (1994); *Rajandygam*, The Reception and Restriction of English Commercial Law in Ceylon, Int.Comp.L.Q. 18 (1969) 37; *Schreiner*, The Contribution of English Law to South African Law; and the Rule of Law in South Africa (1967); *Setalvad*, The Common Law in India (1961); *to paties autoriaus*, The Role English Law in India (1966), *Zeltner*, das Vertragsrecht des Staates Israel, RabelsZ 39 (1975) 56; *Shapira/DeWitt-Arar* (Leidėjas), Introduction of the Law of Israel (1995); *Zimmermann*, Das römisch-holländische Recht in Südafrika (1983), *to paties autoriaus*, Das südafrikanische Privatrecht im Schnittpunkt zwischen Common Law and Civil Law ZfRV 26 (1985) 111.

I.

Beveik vienas trečdalis pasaulio gyventojų gyvena teritorijose, kurių teisei mažesnę ar didesnę įtaką padarė bendroji teisė. Tai lėmė faktas, jog Anglija buvo didžiausia pasaulyje kolonijinė valstybė. Šimtmečius trukusių atkaklių pastangų dėka britams pavyko taikiu kolonizavimu, prekybiniais santykiais ir jų plėtojimu, kariniais konfliktais su vietiniais vadais arba kitomis konkuruojančiomis Europos kolonijinėmis valstybėmis (ypač su Prancūzija) įsiviešpatauti visuose pasaulio kontinentuose, pamažu į britų karūnos įtaką įtraukti dideles užjūrio teritorijas – taip sukurti milžinišką kolonijinę valstybę ir ją išlaikyti. Britų kolonijinę ekspansiją lydėjo bendrosios teisės paplitimas. Ją anglai naujakuriai, pirkliai bei administracinių įstaigų tarnautojai atsinešė su savimi į Šiaurės Ameriką, Indiją, Australiją, Naująją

Zelandiją ir tolimas Afrikos kontinento bei Pietryčių Azijos teritorijas. Tiesa, šiandien beveik visos britų užjūrio kolonijos jau yra išsivadavusios iš Didžiosios Britanijos priklausomybės. Ne tik Jungtinės Valstijos, jau 1776 metais paskelbusios savo nepriklausomybę, išstojo iš Britanijos Sandraugos. Kanada, Australija, Naujoji Zelandija, Indija, Pakistanas, Pietų Afrikos Respublika ir nemažai svarbių valstybių Rytų bei Vakarų Afrikoje – ypač Gana, Nigerija, Kenija, Uganda, Tanzanija – šiandien yra politiškai nepriklausomos. Tiesa, beveik visos šios valstybės, būdamos Britanijos Sandraugos narėmis, politiškai bei ekonomiškai vis dar yra glaudžiai susijusios su Jungtine Karalyste. Nepaisant minėtų šalių nepriklausomybės, jų teisinis gyvenimas visais aspektais yra smarkiai veikiamas bendrosios teisės teisinio suvokimo, institutų bei metodų. Tai pasakytina ne tik apie materialinę, bet ir apie procesinę teisę, teismų santvarką, teisininko profesijos struktūrą, visą teisinio mąstymo bei teisinės argumentacijos stilių.

Istoriniu požiūriu yra skiriamos dvi skirtingos britų kolonijinių teritorijų rūšys. Pirmajai grupei priklauso tos teritorijos, kurios prieš pirmąjį kolonizavimą neturėjo valdovo arba buvo apgyventos vietinių gyventojų, kurie buvo žemesnio kultūrinio lygio, arba kurie dar nebuvo sukūrę organizuotos visuomenės. Šiose kolonijose, vadinamose *settled colonies*, pavyzdžiui, Australijoje, Naujojoje Zelandijoje bei Šiaurės Amerikoje, imigrantams iš esmės galiojo bendroji teisė, jeigu jos taikymui nekliudė šių teritorijų specifinės socialinės, ekonominės, geografinės ar klimato sąlygos. Nuo minėtos kolonijų grupės skiriasi grupė tokių kolonijų, kuriose, prieš jas kolonizuojant britams, jau viešpatavo vietiniai valdovai arba kitos Europos kolonijinės valstybės, o prie britų valstybių sąjungos buvo prijungtos tik jas užkariavus ar perleidus (*conquered* arba *ceded colonies*). Šiose teritorijose tvirtai buvo laikomasi anglų politikos principo, pagal kurį jau jose galiojanti teisė, o dažnai ir jau esanti teismų santvarka turėdavo likti nepakeista. Taip anglai, prie savo kolonijinės imperijos prisijungę tuomet prancūzams priklausiusias valdas Šiaurės Amerikoje, 1774 metų Kvebeko aktu pripažino, jog prancūzų kilmės kanadiečiams galioja jų civilinė teisė – tuo metu tai iš esmės buvo Paryžiaus *Coutume* (plg. 8 str. VII b). Šio anglų kolonijinės politikos principo dėka romėnų ir olandų teisė, kurią nuo XVII a. savo kolonizuotose Pietų Afrikos teritorijose įvedė olandai, liko galioti ir prijungus jas prie britų kolonijinės imperijos (plačiau plg. 16 str. VI). Šio principo anglai laikėsi ir tose teritorijose, kuriose prieš jas kolonizuojant galiojanti teisė nebuvo vienas iš kontinentinės teisės variantų, t. y. prancūzų ar romėnų ir olandų teisė. Taip pat Indijoje bei savo kolonijinėse teritorijose Afrikoje britų administracija nebuvo tokia ambicinga, kad panaikintų ten galiojančią islamo, induistų ar nerašytinę paprotinę afrikiečių teisę ir įvestų bendrosios teisės normas. Todėl vietinių gyventojų santuokos, šeimos bei paveldėjimo teisė ir šias šalis prijungus prie britų imperijos liko galioti. Suprantama, jeigu vietinėje teisėje nebuvo naujoms sąlygoms tinkamų normų arba jeigu šios normos anglams nebuvo priimtinos, imperijos įstatymų leidėjas esančias spragas užpildydavo, vadovaudamasis bendrosios teisės pavyzdžiu. Kartu galima pastebėti, jog kai kuriuos teisės institutus sudarančios normos, kurios Didžiojoje Britanijoje iki šių dienų nėra kodifikuotos arba kodifikuotos tik iš dalies, pavyzdžiui, sutarčių teisė, kolonijose gausių įstatymų dėka buvo susistemintos.

Toliau kelių pasirinktų šalių pavyzdžiu mėginsime parodyti, kaip bendroji teisė paplito visame pasaulyje.

II.

Jau XVII a. *Australijoje* ne kartą buvo lankęsi olandų jūreiviai. Šią šalį jie vaizdavo kaip tokią nesvetingą, jog daugiau nei šimtą metų niekas nė nebandė joje apsigyventi. Tik 1770 metais James Cookui pasiekus Australijos rytinę pakrantę ir šią žemę paskelbus britų karaliaus valda, prasidėjo jos apgyvendinimas anglais. Pirmieji iš jų buvo kaip darbo jėga deportuoti kaliniai. Čia galiojo Anglijos bendroji teisė. 1828 metais britų parlamento priimtas įstatymas nustatė, jog australų kolonijose iš esmės turi būti taikoma bendroji teisė, įskaitant ir iki 1828 m. liepos 25 d. galiojančius Anglijos įstatymus. XIX a. pirmojoje pusėje visoms australų kolonijoms (pradedant pirmąja Naujojo Pietų Velso kolonija) suteikiama teisė jų išrinktose įstatymų leidybos institucijose spręsti vietinio pobūdžio klausimus. Didelės aukso radimvietės ir palanki ekonominė plėtra į Australiją pritraukė šimtus tūkstančių imigrantų, daugiausia anglų, škotų bei airių, todėl kalinių į ją nebebuvo deportuojama, o gyventojų skaičius nuo 70 000 1830 metais išaugo iki 1,1 milijono 1860 metais. Praėjusio šimtmečio pabaigoje iškilo klausimas dėl atskirų australų kolonijų suvienijimo federaciniu principu. Įveikus tam tikrus sunkumus buvo parengtas konstitucijos projektas; jis visuotiniu balsavimu buvo priimtas kiekvienoje kolonijoje ir pritarus britų parlamentui 1900 metais įsigaliojo kaip *Commonwealth of Australia Constitucion Act.* Pagal šią konstituciją Australija yra federacinė valstybė. Jai priklauso šešios valstijos: Naujasis Pietų Velsas, Viktorija, Kvynslendas, Tasmanija, Pietų ir Vakarų Australija. Kiekviena iš jų turi savo konstituciją, vyriausybę ir parlamentą. Federacijos kompetencijai įstatymų leidybos srityje priklauso tik konstitucijoje nurodytos sritys, pavyzdžiui, santykiai su užsieniu, šalies gynyba, valiutinė, piniginė bei monetų kalyba, muitų nustatymas, draudimas ir bankinė sistema, vertybinių popierių bei bankroto teisė, verslo teisės apsauga ir šeimos teisė. Visų kitų civilinei bei prekybos teisei priklausančių santykių reguliavimas, kaip ir baudžiamosios teisės reguliuojami santykiai, priklauso atskirų valstijų kompetencijai. Todėl šiandien Australijoje, kurioje gyvena beveik 16 milijonų gyventojų, gyvuoja šešios skirtingos teisės sistemos. Viena iš jų – Tasmanijos valstijos – galioja tik 450 000 gyventojų. Be to, reikia paminėti, jog federalinės valdžios valdomose teritorijose galioja federacijos teisė. Žinoma, giliau panagrinėjus paaiškėja, jog visų šių teisės sistemų civilinė, prekybos bei procesinė teisė yra beveik identiška arba labai panaši. Tai paaiškinama tuo, jog atskirų valstijų teisės raida vyko anglų bendrosios teisės pagrindu, o ir vėliau nuo jos iš esmės nenutolo nei valstijų teismų praktika, nei įstatymų leidyba. Tiesa, Australijos teismai nėra įpareigoti sekti Anglijos teismų sprendimais. Tačiau Anglijos teismų, ypač Apeliacinio bei Lordų Rūmų sprendimai yra labai gerbiami ir jais paprastai vadovaujamasi, dažnai netgi tuomet, kai dėl to turi būti pažeistas ankstesnis Australijos teismo sprendimas. Teisėjas Dixonas viename iš Australijos Aukščiausiojo Teismo sprendimų aiškino taip:

> I think that if this Court is convinced that a particular view of the law has been taken in England from which is unlikely to be any departure, wisdom is on the side of the Court's applying that view to Australian conditions, notwithstanding that the Court has already decided the question in the opposite sense ... Where a general prposition is invoved the Court should be careful to avoid introducing into Australian law a principle inconsistent with that which has been accepted in England. The common law is administered in many jurisdictions, and unless each of them guards against needles divergences of decision its uniform development is imperilled. *Waghorn* v. *Waghorn* (1941–1942) 65 C. L. R. 289, 297.

Įstatymų leidyboje valstijos taip pat dažnai apsiriboja tuo, jog seka Anglijos pavyzdžiu arba iš dalies juo remiasi. Visos valstijos, įskaitant Naująjį Pietų Velsą, prisijungė prie 1873 metų anglų teismų reformos. Daugybė prekybos teisinius santykius reguliuojančių įstatymų, pavyzdžiui, 1893 metų anglų Prekių pirkimo ir pardavimo įstatymas, pažodžiui buvo nurašyti nuo Anglijos įstatymų. Labai panaši į Anglijos teisę yra ir sutarčių bei žemės teisė. Vis dėlto kai kuriose teisės šakose Australija priėmė originalius sprendimus. Tai galima pasakyti apie šeimos teisę, nes 1975 metais buvo priimtas šiuolaikiškas Šeimos teisės įstatymas *(Family Law Act)*, ir žemės teisę, kurioje galioja į vokiečių žemės kadastrą panaši registro sistema, kuri jau praėjusio šimtmečio viduryje, įnirtingai priešinantis advokatams, buvo įvesta neteisininko Torrenso iniciatyva. Šiandien ji sėkmingai taikoma visoje Australijoje, o jos pavyzdžiu imta sekti ir kitose angloamerikiečių teisės šeimos šalyse.

Australijos teismų sistemoje yra skiriami valstijų ir federacijos teismai. *Valstijose* egzistuoja žemesnės instancijos teismai, panašūs į anglų magistratų bei grafystės teismus ir nagrinėjantys ne itin svarbius ginčus. Kiekvienoje valstijoje yra Aukščiausiasis Teismas, kuris iš esmės yra apeliacinės instancijos teismas, o nagrinėjant svarbias civilines bei baudžiamąsias bylas, – pirmosios instancijos teismas. Paprastai šiuose teismuose bylas nagrinėja vienas teisėjas, kurio sprendimą galima apskųsti apeliaciniu skundu to paties teismo trijų teisėjų kolegijai. *Federacijos* teismai, išskyrus veikiančius federacinėse teritorijose, nėra visų instancijų teismai. Todėl yra tik aukščiausieji teismai, iš kurių svarbiausias yra Australijos aukštasis teismas *(High Court of Australia)*. Jo kompetencijai priklauso apeliacinių skundų dėl valstijų aukščiausiųjų teismų priimtų sprendimų, nepriklausomai nuo to, ar yra pažeista federacijos, ar atskiros valstijos teisė, nagrinėjimas. Be to, Aukštasis teismas sprendžia konstitucinius-teisinius ginčus, kylančius, pavyzdžiui, tarp federacijos ir atskiros valstijos arba tarp valstijų bei klausimus dėl federacijos įstatymo, priimto peržengus federacijos kompetencijos įstatymų leidyboje ribas, negaliojimo. Aukštasis teismas įstatymo negali pripažinti negaliojančiu dėl to, jog jo nuostatomis kėsinamasi į konstitucijos saugomas piliečių teises, nes Australijos, priešingai nei JAV, konstitucijoje nėra įtvirtintos pagrindinės žmogaus teisės ir laisvės.

Anglijoje esantį baristerių ir solisitorių išskyrimą perėmė tik dalis Australijos valstijų. Tiesa, tai daugiausia gyventojų turinčios valstijos – naujasis Pietų Velsas, Kvynslendas, Viktorija. Kitose trijose valstijose kiekvienas advokatas gali būti ir baristeriu, ir solisitoriumi. Be to, yra leidžiama, o dideliuose miestuose tokie atvejai dažni, jog advokatas per visą savo profesinį gyvenimą specializuotųsi tik baristerio ar solisitoriaus veikloje.

Apibendrinant galima pasakyti, jog dar ir šiandien australų bei anglų teisės sistemos yra labai panašios savo procesais, metodais, pagrindiniais juridiniais terminais, teisės taikymo, įstatymų technikos bei įstatymo aiškinimo stiliumi. Net ir esantys skirtumai Anglijos bei Australijos juristams nesudaro sunkumų suprasti vienas kitą. Iš visų didelių ne Europos kontinento angloamerikiečių teisės šeimos šalių Australija, atrodo, yra toji, kurios teisė labiausiai panaši į Anglijos teisę.

III.

Kanada, kaip ir Australija, yra federacinė valstybė, kurią sudarančios teritorijos anksčiau buvo britų imperijos kolonijos. Kitaip nei Australijos, pagrindinė šiandieninės Kanados dalis britų kolonijinei imperijai atiteko ne dėka anglų, škotų ar airių kolonistų apgyvendinimo, bet *perleidus*

teritoriją. Pagal 1763 metų Paryžiaus taiką Prancūzija Anglijai turėjo perleisti visas savo valdas Šiaurės Amerikoje, ypač tankiai prancūzų apgyventą sritį prie Šv. Lauryno upės. Todėl nuo pradžių kolonizuotose Kanados teritorijose buvo ryški prancūziškai kalbančių gyventojų persvara. Tačiau per Amerikos nepriklausomybės karą tūkstančiai anglų kolonistų paliko dabartinę JAV teritoriją ir persikėlė toliau į Didžiųjų Ežerų šiaurę. Taip „Žemutinėje Kanadoje" apsigyvenusiems prancūzams pamažu buvo galima priešpriešinti beveik tokią pat stiprią anglosaksų kilmės gyventojų dalį „Aukštutinėje Kanadoje". 1791 metais britų parlamentas priėmė įstatymą, nustatantį, jog Kanada padalijama į dvi dalis – su vyraujančia prancūziškai kalbančių gyventojų dalimi ir su vyraujančia angliškai kalbančių gyventojų dalimi; kiekviena iš jų turės savo parlamentą ir savo valdymo sistemą, tačiau abi bus pavaldžios britų karaliui. Kadangi abiejose šalies dalyse nesiliovė kova dėl nepriklausomybės, neramumai bei sukilimai, 1840 metais kolonijinė administracija pabandė įvesti kitą valdymo formą, pagal kurią abi dalys buvo sujungtos ir kiekviena iš jų bendrame parlamente turėjo vienodą vietų skaičių. Tačiau ir tokia tvarka dėl nuolatinio abiejų beveik vienodo stiprumo gyventojų dalių konkuravimo pasirodė politiškai nestabili. Ši problema buvo išspręsta tik sukūrus federacinės valstybės, į kurią įeitų ne tik Aukštutinė ir Žemutinė Kanada, bet ir kitos britų karūnai Šiaurės Amerikoje priklausančios teritorijos, planą. Kanados paruoštų siūlymų pagrindu Londono parlamentas 1867 metais pagaliau priėmė *British North America Act*. Šiuo įstatymu buvo sukurta federacinė *Dominion of Canada* valstybė, kurią iš pradžių sudarė tik keturios narės, vadinamos provincijomis: Kvebekas, Ontario, Niu Bransvikas ir Naujoji Škotija. Jau po dvejų metų Kanada, sutikus britų parlamentui, už 300 000 svarų iš *Hudson's Bay* kompanijos įsigijo visas teises į didžiules „Šiaurės vakarų teritorijas", kuriomis minėta kompanija anglų karaliaus privilegijos pagrindu naudojosi nuo 1670 metų. 1871 metais prie Kanados sąjungos prisijungė Britų Kolumbija. 1905 metais iš Šiaurės Vakarų teritorijų buvo išskirtos ir į federacinę valstybę priimtos: Manitoba (1870), Saskačevanas ir Alberta (1905). Pagaliau 1949 metais Kanados provincija tapo Niūfaundlendas, ir nuo to laiko Šiaurės Amerikos kontinentas tapo visiškai padalytas tarp JAV ir Kanados.

Kanados teismų santvarka yra panaši į Australijos. Be provincijų teismų, iš kurių aukščiausias yra Apeliacinis, egzistuoja federaciniai teismai. Tai federacinis teismas, kurio kompetencijai iš esmės priklauso sprendimų dėl federacinės valdžios aktų priėmimas ir, žinoma, Kanados Aukščiausiasis Teismas *(Supreme Court of Canada),* daugiausia nagrinėjantis apeliacinius skundus dėl provincijų aukščiausių teismų sprendimų.

Anksčiau Kanados teisinis gyvenimas, išskyrus Kvebeką, buvo visiška anglų teisinio gyvenimo kopija. Lordų Rūmų bei Slaptosios tarybos sprendimai Kanados teismams buvo privalomi. Kitų anglų teismų sprendimai buvo laikomi kaip *persuasive authority*. Vyravo anglų teisinio mokymo metodai. Kanadiečiai dėstytojai teisininko kvalifikaciją paprastai įgydavo viename iš anglų universitetų. Nuo Antrojo pasaulinio karo pabaigos, ypač nuo (pirmiausia psichologiškai svarbaus) apeliacijos Slaptajai tarybai panaikinimo, Kanados teisinio mąstymo savarankiškumas sustiprėjo. Dabar vadovaujamasi ne vien tik anglų teisės metodais bei institutais, bet vis daugiau naudojamasi JAV pavyzdžiu.

IV.

XVI ir XVII a. *Indija* buvo labai tankiai apgyventa, aukštos kultūros šalis, nuo seno valdoma Didžiųjų Mogolų, išpažįstančių islamo tikėjimą. Todėl portugalai, olandai, o vėliau ir

prancūzai bei anglai vos susipažinę su Indija negalėjo nė pagalvoti apie šios šalies kolonizavimą. Atvirkščiai, tuomet jų tikslas buvo užmegzti kuo glaudesnius ryšius su šia šalimi ir išlaikyti pagarbą vietinių valdovų suverenitetui. Šį tikslą atitiko tokia padėtis, kai ryšius su Indija užmegzdavo ne pačios Europos kolonijinių imperijų vyriausybės, bet ypatingas karališkąsias privilegijas turinčios prekybos kompanijos. Iš jų žymiausia ir didžiausios sėkmės sulaukusi buvo anglų *East India Company*, 1600 metais įkurta Elžbietos I. Ši kompanija 1612 metais, gavusi Indijos Didžiojo Mogolo sutikimą, Surate (į šiaurę nuo Bombėjaus) įkūrė savo pirmąją faktoriją. Vėlesniais dešimtmečiais, vis labiau ir labiau įveikdama kitų Europos kolonijinių imperijų konkurenciją, ji įkūrė daugybę faktorijų kitose Indijos Rytų bei Vakarų pakrantės vietose. Kai XVIII a. Didžiųjų Mogolų imperija pamažu pradėjo irti, o šalį vis dažniau ėmė krėsti kariniai konfliktai, anglai savigynos tikslais buvo priversti griebtis ginklo arba savo įtaką išsaugoti vietinių valdovų įtikinėjimu, papirkinėjimu, bauginimu ar sumaniai pasinaudoti jų tarpusavio ginčais. Taip šalia pirminio anglų siekio su Indija plėtoti pelningą prekybą vis smarkiau ėmė reikštis noras įvesti šioje šalyje savo politinę kontrolę ir galiausiai išplėsti britų kolonijinę imperiją. Mes neturime tikslo detaliai nagrinėti šį procesą. Šiaip ar taip, ant XX a. ribos visas indų subkontinentas, įskaitant Birmą, buvo Anglijos valdžioje. Maždaug 60 proc. milžiniško regiono buvo britų teritorija, kurią tiesiogiai valdė britų valdininkai. Likusi dalis buvo perleista gausybei vietinių vadų, kurie pripažino britų karaliaus valdžią ir savo žemes galėjo valdyti tik kontroliuojami britų.

Jau *East India Company* įkūrimo aktu jai buvo suteikta teisė nustatyti teisines normas dėl savo užjūrio faktorijų valdymo, o jos vadovams suteikta teisė vietoje bausti už šių normų pažeidimą ar neteisėtus veiksmus. Žinoma, šios taisyklės galiojo tik kompanijoje dirbusiems anglams. Kai ilgainiui smarkiai išaugo kompanijos faktorijų skaičius, sustiprėjo prekių mainai ir joje įsidarbino daug indų, susiformavo valdymo bei prekybos centrai, iš kurių didžiausią reikšmę įgijo miestai uostai: Madrasas, Bombėjus, Kalkuta, vadinami *Presidency towns*. Šiuose trijuose miestuose 1726 metais britų karaliaus įsakymu buvo įkurti nepaprastieji karališkieji teismai *(Mayor's Courts)*, kurie turėjo nagrinėti ginčus tarp vietinių šalių – tiek tarp indų, tiek tarp anglų, ir priimti sprendimą *according to justice and right*. *Justice and right* reiškė anglų bendrosios teisės ir visus anglų įstatymus, galiojusius 1726 metais, išskyrus tuos atvejus, kai jų normos negalėjo būti taikomos dėl ypatingų vietinių sąlygų. Tačiau netrukus išaiškėjo, jog bendroji teisė negali būti pritaikyta šeimos teisiniams bei paveldėjimo teisiniams ginčams tarp indų spręsti. Todėl, kai XVIII a. pabaigoje trijuose minėtuose miestuose buvo panaikinti karališkieji teismai *(Mayor's Courts)* ir vietoj jų įkurti aukščiausieji teismai *(Supreme Courts)*, kuriuose dirbo profesionalūs anglų teisėjai, buvo nustatyta, jog šie teismai turi taikyti bendrąją teisę, tačiau šeimos bei paveldėjimo teisiniams ginčams tarp musulmonų reguliuoti – islamo teisę, o minėtiems ginčams tarp indusų – induizmo teisę. Kadangi šios teisės anglams teisėjams buvo nežinomos, jie galėjo remtis abiejų religinių bendruomenių paskirtų ekspertų informacija.

Analogiška padėtis buvo ir milžiniškose šalies teritorijose, kurios, sudarius susitarimus su indų vadais arba panaudojus karinę jėgą, pateko *East India Company* valdymo sferon. Čia XVIII a. pabaigoje anglai įkūrė nepaprastuosius provincijos teismus, kuriuose teisėjais dirbo anglų administracijos valdininkai. Šie teismai turėjo spręsti ginčus tarp indų *inheritance, marriage, caste and other religious usages and institutions*, priklausomai nuo šalių religinės

priklausomybės ir taikyti islamo arba induizmo teisę. Visose kitose (nereliginėse) bylose bei ten, kur šalys nebuvo nei musulmonai, nei indusai, teismai turėjo priimti sprendimą *„according to justice equity and good conscience"*.

Galima įsivaizduoti, jog, esant tokioms aplinkybėms, XIX a. bendroji teisė pamažu tapo „bendrąja" Indijos teise, išskyrus šeimos bei paveldėjimo teisę. *„Presidency towns"* išplaukė iš to, kad teismai turėjo taikyti bendrąją teisę, išskyrus tam tikrus atvejus su religiniais ypatumais. Provincijoje galiojo sprendimo pagal *justice, equity and good conscience* principas. Tačiau ir čia netrukus teisėjų pareigas užėmė ne anglų administracijos valdininkai, bet Anglijoje įsilavinimą įgiję baristeriai. Jiems buvo būdingas suvokimas, jog *justice, equity and good conscience* yra tam tikra jiems gerai žinomos bendrosios teisės forma. Viename *Privy Council*, kuris nuo 1833 metų buvo aukščiausia apeliacinė instancija indų teismų sprendimams, pasakyta, pavyzdžiui, kad

> the matter be decided by equity and good conscience, generally interpreted to mean the rules of English law if found applicable to Indian society and circumstances (*Waghela Rajsanji* v. *Shekh Masludin* [1887] L. R. 14 I. A. 89, 96; kitus sprendimus palyginkime *Jain*, ten pat, p. 576 ir kt.).

Kiti teisėjai laikėsi toliaregiškesnio požiūrio. Jų manymu, konkretų *justice, equity and good conscience* turinį galima nustatyti tik pagal lyginamąją-kritinę išsivysčiusių pasaulio teisės sistemų analizę. Pasirodė daug sprendimų, kuriuose išsilavinę ir plačių pažiūrų teisėjai šalia bendrosios teisės naudojo ir kontinentinę teisę, ypač romėnų teisę (apie tai plačiau plg. *Derrett*, ten pat). Nėra jokios abejonės, kad visose teisės šakose, išskyrus šeimos ir paveldėjimo teisę, bendrosios teisės normos, nors ir labai modifikuotos, Indijoje buvo pripažintos ir tapo galiojančia teise.

Žinoma, tuomet teisė buvo labai paini ir chaotiška. Šalia iki 1726 metų priimtų anglų įstatymų, dėl kurių dažnai buvo neaišku, ar jie turėtų galioti kaip receptuoti Indijoje, egzistavo vėlesnio laiko anglų įstatymai, kiek jie galėjo būti pritaikyti Indijos sąlygoms. Be to, Bombėjuje, Madrase bei Kalkutoje buvo taikomos viena nuo kitos nepriklausomos ir todėl labai skirtingos provincijų vyriausybių priimtos teisinės nuostatos. Reikia pridurti, jog teismai *Presidency towns* bendrąją teisę taikė daugiau kaip provincijų teismai, kuriems formulė *justice, equity and good conscience* suteikė didelių galimybių priimti sprendimą savo nuožiūra. Dėl to daugelis manė, jog indų teisei būtina unifikacija ir kodifikacija. Šis noras Anglijoje, kurioje daugelis parlamentarų buvo kupini Benthamo idėjų, sulaukė supratimo ir palaikymo. 1833 metais buvo priimtas britų įstatymas dėl Teisės komisijos Indijoje *(Law Commission in India)* įkūrimo. Ši komisija Indijoje galiojančią teisę turėjo surinkti, sutvarkyti ir suprantama forma kodifikuoti. Pirmasis minėtos komisijos pirmininkas buvo Macaulay, žymus Anglijos istorikas, eseistas ir politikas. Jam pavyko per trumpą laiką parengti indų baudžiamojo kodekso projektą, kuris iš esmės rėmėsi (daugiausia nekodifikuota) anglų baudžiamąja teise, tačiau jį ruošiant buvo atsižvelgta ir į kontinentinės Europos šalių baudžiamąją teisę, ypač į prancūzų baudžiamąjį kodeksą. Iš šios reformos praktinių rezultatų sulaukta tik po 1857 metų Šiaurės Indijoje įvykusių didelių sukilimų, kurių dėka vietoj *East India Company* atsakomybę už Indijos valdymą perėmė pats britų karalius. 1859 metais buvo išleistas civilinio proceso kodeksas, 1860 metais – Macaulay parengtas baudžiamasis kodeksas, 1861 – baudžiamojo proceso kodeksas. Greitai pasirodė ir kiti įstatymai.

1865 metais įsigaliojo *Indian Succession Act*, kuriuo buvo unifikuota indų paveldėjimo teisė. Dabar nei islamo, nei induizmo teisė negalėjo būti taikoma tiems indams, kurie pripažino žydų ar krikščionių tikėjimą. Šis įstatymas taip pat vadovaujasi bendrosios teisės normomis, tačiau jame sąmoningai atsisakyta daugelio formalistinių anglų paveldėjimo teisės archaizmų. Ypač susidomėjimo vertas 1872 metų Indijos sutarties įstatymas *(Indian Contract Act)*. Juo buvo kodifikuotos tiesiog šventomis laikomos klasikinės anglų teisėjų kuriamos teisės normos, pavyzdžiui, apie sutarčių sudarymą oferta ir akceptu, apie priešpriešinį patenkinimą; apie suklydimą, apgaulę, grasinimą ir klaidingos informacijos suteikimą, apie prieštaravimą įstatymams bei papročiams, sutarties pažeidimą, nepagrįstą praturtėjimą (su nieko nesakančia antrašte: *Of certain relations resembling those created by contract*), apie laidavimą bei *agency* (atstovavimą). Vėliau *Indian Contract Act* skyriai, skirti pirkimo ir pardavimo teisei bei bendrovės teisei buvo pakeisti 1930 metų *Sale of Goods Act* (Prekių pirkimo ir pardavimo įstatymu) bei 1932 metų *Partnership Act* (Bendrijų įstatymu). Abu įstatymai beveik visada sutapo su angliškuoju variantu. Turtinės teisės reguliavimo sferoje dar reiktų paminėti 1877 metų *Specific Relief Act* (Konkrečių ieškovų teisių ar interesų gynimo teisme priemonių įstatymą), 1882 metų *Transfer of Property Act* (Turto perleidimo įstatymą) bei 1882 metų *Indian Trusts Act* (Indijos patikos įstatymą). Visi šie įstatymai su kai kuriais pakeitimais arba naujos redakcijos dar ir šiandien galioja tiek Indijoje, tiek ir Pakistane.

XX a. Indijos politiniam gyvenimui būdinga tai, kad indų tauta per ilgą procesą labai nenoriai ir tik laipsniškai nusileidus britų vyriausybei išsikovojo teisę savarankiškai leisti įstatymus ir valdyti šalį. Pirmiausia buvo išsikovota teisė savarankiškai spręsti vidaus bei vietinius ir politinius klausimus, o vėliau ir visus centrinius bei užsienio politikos klausimus. Tačiau greitai paaiškėjo, jog, pasiekus nepriklausomybę, musulmonai ir indusai nenori gyventi vieningoje Indijos valstybėje. Todėl britų parlamentas, 1947 metais Indijos nepriklausomybės aktu suteikęs šaliai visišką nepriklausomybę, kartu sukūrė dvi naujas valstybes: Indiją ir Pakistaną. Daugiau nei 500 tuomet gyvavusių indų kunigaikštysčių, buvusių britų karūnos valdžioje, taip pat gavo visišką laisvę. Jos galėjo pasirinkti, prie kurios iš dviejų minėtų valstybių norėtų prisijungti. Kitais metais visos tai ir padarė.

1950 metais įsigaliojo indų konstitucija. Pagal ją Indija yra federacinė valstybė, kuriai priklauso 16 valstijų, įskaitant Kašmyrą, ir nemažas skaičius federalinių teritorijų. Įstatymų leidybos kompetencija tik iš dalies priklauso federacijai. Jie įstatyminiu būdu gali reguliuoti, pavyzdžiui, stambiąją pramonę ir transporto sistemą, turinčią nacionalinės reikšmės, užsienio prekybą, bankinę bei draudimo sistemą, akcinių bendrovių, vertybinių popierių teisę. Valstijų įstatymų leidyba apsiriboja vietinių klausimų, susijusių su bendruomenių valdymu, policija, žemės ūkiu, reguliavimu. Civilinė, baudžiamoji ir procesinė teisė priklauso konkuruojančiai federacijos ir valstijų kompetencijai. Todėl svarbios induistų, kuriems priklauso maždaug 85 proc. visų šalies gyventojų, šeimos bei paveldėjimo teisės normų grupės galėjo būti sureguliuotos vieningais federaciniais įstatymais. Pasiekus nepriklausomybę iš esmės liko galioti kolonijinio meto įstatymai, o šiuo metu Indijos privatinė teisė iš esmės yra kodifikuota.

Kitaip nei Australijos ir Kanados konstitucijose, Indijos konstitucijoje yra įtvirtintos pagrindinės teisės ir laisvės. Be to, valstijų aukščiausieji teismai – Aukštasis teismas, kaip ir šalies Aukščiausiasis Teismas, gali įstatymus, pažeidžiančius šias pagrindines teises, paskelbti negaliojančiais. Aukščiausiasis Teismas yra ne tik konstitucinis teismas. Jis apeliacine tvarka sprendžia ir ginčus dėl Aukštojo teismo sprendimų, jei tai sprendimai, susiję su ieškiniais,

kurių kaina viršija tam tikrą pinigų sumą. Be to, minėtame teisme galima ir principinę reikšmę turinti apeliacija dėl Aukštojo teismo bei paties Aukščiausiojo Teismo sprendimų, kuriais buvo pažeisti pagrindiniai principai.

Civilinio bei baudžiamojo proceso normos iš esmės atitinka tam tikras bendrosios teisės normas. Taip, pavyzdžiui, būtinumo vadovautis precedentu principas, teisėjo teisė turėti atskirą nuomonę, procesinės teisinės gynybos priemonės, advokato vaidmuo procese bei daugelis kitų principų aiškiai remiasi bendrosios teisės pavyzdžiu. Pagalvojus apie tai, kokį pavojų indų tautos politinei vienybei kelia kalbų, rasių, religijų ir kultūrų įvairovė, palyginti vienodą, nors ir bendrąja teise pagrįstą Indijos teisę, šalies integracijai reiktų laikyti vienu iš svarbiausių buvusio kolonializmo palikimų.

V.

Afrikos kontinente bendroji teisė taip pat padarė didelę įtaką tų šalių teisinei sistemai, kurių teritorijos anksčiau priklausė britų kolonijinei imperijai. Vakarų Afrikoje tai: *Sierra Leonė*, *Gambija*, *Nigerija* bei *Gana*. *Liberijos*, kurią 1821 metais įkūrė į laisvę paleisti vergai iš JAV ir kuri nuo 1847 metų yra nepriklausoma respublika, teisinė sistema turi tiek anglų, tiek amerikiečių bendrosios teisės bruožų. Rytų Afrikoje britų įtakos sferai pirmiausia priklauso *Kenija*, *Uganda*, o nuo 1920 metų ir Tanganika (anksčiau buvusi Vokietijos Rytų Afrika), kuri 1964 metais kartu su Zanzibaru sukūrė *Tanzanijos* Respubliką.

1814 metais *Seišelių salas*, esančias maždaug 1500 km į rytus nuo Afrikos krantų Indijos vandenyne, Prancūzija perleido Didžiajai Britanijai, ir jos buvo prijungtos prie britų kolonijinės imperijos. Tuo metu galioję prancūzų civilinis kodeksas bei komercinis kodeksas ir toliau liko galioti. Per ateinančius 150 metų šalia jų ėmė galioti daugybė angliškos prigimties įstatymų. Dėl to atsiradę nesuderinamumai buvo pašalinti, kai 1976 metais, t. y. beveik su nepriklausomybės pasiekimu, remiantis lyginamuoju teisės metodu, įsigaliojo iš esmės perdirbtas ir modernizuotas Prancūzijos CK, parengtas Chloroso, kuris yra įdomus *experiment* ir *Franco-Britisch codification.* Apie tai palyginkime *Chloros*, The Projected Reform of the Civil Law of the Seychelles: An Experiment in Franco-Britich Codification, Tul.L.Rev. 48 (1974) 815; to paties autoriaus, Codification in a MIxed Jurisdiction, The Civil and Commercial Law of the Seychelles (1977).

Panagrinėjus minėtų Rytų bei Vakarų Afrikos teritorijų teisės raidą paaiškėja, jog visur bendrosios teisės recepcija vyksta panašiomis formomis – arba karalienės įsakymu, arba kolonijinės įstatymų leidybos institucijos nutarimu. Minėti aktai nustatydavo, jog atitinkamoje kolonijoje turi galioti

„the common law, the doctrines of equity, and the statutes of general application which were in force in England on the 24th day of July, 1874“, pvz., taip buvo sureguliuota buvusioje Auksinio Kranto (šiandien Gana) kolonijoje. Beveik tokio pat turinio bendrosios teisės recepcijos formuluotės buvo priimtos Sierra Leonėje 1862 metais, Kenijoje – 1897, Ugandoje – 1902, Tanganikoje – 1920 metais. Praktikoje šios formuluotės sukeldavo daugybę neaiškumų. Pvz., buvo neaišku, ar anglų įstatymas buvo skirtas reguliuoti tik specifines „angliškas problemas“, ar jis ir kolonijose galiojo kaip *statute of general application.* Nemažų galimybių teisėjams iškilusias problemas spręsti

savo nuožiūra suteikė formuluotė, pagal kurią kolonijiniai teismai anglų teisę turėjo taikyti *so far only as local circumstances permit and subject to such qualifications as local circumstances may render necessary*. Galėjo net kilti abejonių, ar kolonijinis teisėjas anglų kolegų sprendimų turi, jei jie buvo priimti jau po recepcijos datos, o jeigu turi, tai kokiais atvejais, laikytis kaip privalomų precedentų, kaip *persuasive authority*, ar apskritai neturi jų laikytis. Apie tai išsamiai palyginkime *Allott*, Systems, p. 9 ir kt.

Britų kolonijų, lygiai kaip ir nepriklausomomis tapusių valstybių, šiandieninė specialioji įstatymų leidyba iš dalies vadovaujasi britų pavyzdžiu.

Taip 1893 metų anglų Prekių pirkimo ir pardavimo įstatymas visose keturiose Vakarų Afrikos valstybėse buvo priimtas iš dalies iki, iš dalies po nepriklausomybės pasiekimo, tiesa, su pakeitimais. Ypač įdomus Ganos bandymas 1962 metų savo pirkimo ir pardavimo įstatymu modernizuoti anglų pirkimo ir pardavimo teisę (apie tai palyginkime *Mertens*, Das Kaufgesetz Ghanas von 1962, RabelsZ 27 [1962/63] 519). Šių valstybių teismai jau ir prieš tai taikė anglų pirkimo ir pardavimo įstatymą, nes, pirma, bendrosios teisės recepcijos kolonijoje metu metropolijoje jis jau galiojo ir todėl kaip *statute of general application* automatiškai galiojo kolonijose, antra, kadangi anglų pirkimo ir pardavimo įstatymą sudarė tik kodifikuota teisėjų kuriama teisė ir todėl jau pagal savo prigimtį buvo bendroji teisė (siaurąja prasme), tai pagal bendrąją recepcijos formulę kolonijoms buvo esminis dalykas. Rytų Afrikos kolonijinėse teritorijose nuo pradžių daugiausia buvo sekama indų įstatymų leidyba. Todėl jose buvo priimtas 1872 metų indų *Contract Act*, o vėliau – vėl sekant indų pavyzdžiu – anglų pirkimo ir pardavimo įstatymas. Tuo tarpu indų *Contract Act* Rytų Afrikos valstybėse buvo panaikintas ir 1960 metais Kenijoje bei Ugandoje pakeistas bendra nuoroda į anglų sutarčių teisę, o 1961 metais Tanganikoje – nauju (į indų labai panašiu) sutarčių įstatymu. Gausūs įstatymai, kuriais minėtose Afrikos valstybėse po nepriklausomybės pasiekimo buvo susisteminta ūkio bei ūkio valdymo teisė, tiek stiliumi, tiek turiniu yra nukopijuoti nuo Anglijos įstatymų.

Iš to, kas pasakyta, atrodo, būtų galima daryti išvadą, jog anglams priklausiusiose Afrikos teritorijose teisinį gyvenimą šiandien iš esmės lemia bendrosios teisės normos. Tačiau tokia išvada būtų visiškai neteisinga. Atvirkščiai, teisinga yra tai, jog didžiajai daliai Afrikos gyventojų jos ir šiandien labai mažai ką reiškia, nes afrikiečių teisiniai santykiai – ne tik šeimos ir paveldėjimo, bet ir sutarčių bei žemės teisė – iš esmės yra reguliuojami afrikiečių paprotine teise, o kai kuriose teritorijose – islamo teisės normomis. Tai lėmė jau minėtas anglų kolonijinės politikos principas, pagal kurį aneksuotos arba sutartimi ar užkariavimu įgytos teritorijos gyventojai iš esmės gali laikytis jau anksčiau galiojusios teisės. Šių teritorijų valdymas pagal galimybes buvo paliekamas jau esantiems tradiciniams valdymo bei sprendimo organams (*Indirect Rule* valdymo principas). Šio principo įtaka buvusioms anglų kolonijoms Afrikoje yra dvejopa: pirma, vietiniams gyventojams ir toliau liko galioti nerašytinė, dažnai gentyse skirtinga afrikiečių paprotinė teisė, lygiai kaip kai kuriuose regionuose liko galioti islamo teisė, kiek ji kolonijinės valdžios nuomone nebuvo apibrėžta *repugnant to natural justice and morality*. Antra, iš esmės išliko afrikiečių teismų, kuriuose, vadovaudamasis paprotine teise, sprendimus priima vadas arba kitas giminės seniūnas, sistema. Kolonijinė administracija rūpinosi tik tuo, kad būtų laikomasi tam tikrų elementarių procesinių

principų (ypač baudžiamosiose bylose) ir kad būtų galima apeliacija aukščiausiuose, paskutinės instancijos teismuose, kuriuose dirba anglai teisėjai. Taip anglų kolonijinėse teritorijose Afrikoje viena šalia kitos galiojo importuota anglų teisė, afrikiečių paprotinė teisė ir kai kuriais atvejais – islamo teisė.

Savaime suprantama, dažnai pasitaikydavo atvejų, kai būdavo neaišku, kurią teisę – anglų ar paprotinę afrikiečių – reikia taikyti. Taip, pavyzdžiui, galėjo iškilti klausimas, ar reikia taikyti anglų paveldėjimo teisę, jeigu afrikietis palikėjas ir jo artimiausieji šeimos nariai mieste nuo seno gyveno pagal europiečių gyvenimo būdą? Ar galioja afrikiečių paprotinė teisė, jeigu ginčijamą sutartį afrikiečiai sudarė raštu ir anglų kalba? Kokia ištuokos teisė taikoma, jeigu santuoka pagal afrikiečių paprotinę teisę sudaryta su jaunosios tėvu apmokama sutartimi, bet kartu ir *įstatymo numatyta forma* (tokia galimybė visada suteikiama norintiems susituokti afrikiečiams), t. y. prieš civilinės metrikacijos biuro darbuotoją ar/ir bažnyčioje? Normos, pagal kurias yra nustatoma, kuri iš minėtų teisių turi būti taikoma, pagal analogiją su sąvoka „tarp*tautinė* privatinė teisė“, dažniausiai yra vadinamos „tarptautine *asmenine* privatine teise“.

Kolonijiniu laikotarpiu anglai nelabai domėjosi afrikiečių paprotine teise. Šią teisę jie iš esmės laikė tik antropologinių tyrinėjimų objektu ir širdies gilumoje galbūt netgi tikėjosi, jog ilgainiui ji nustos gyvuoti ir vis labiau bus pakeista anglų teise. Šiandien padėtis pasikeitė. Atrodo, jog šiais laikais Afrikos valstybės siekia išlaikyti savo tautoms būdingus bendrus institutus ir vertybes. Daugelyje valstybių, dažniausiai su anglų specialistų pagalba, yra pradėtas darbas, kuriuo siekiama užrašyti skirtingų vietovių paprotinę teisę ir ją išdėstyti susistemintame įstatymų sąvade *(Restatement)*. Beje, vienos Afrikos valstybės nori, jog šis įstatymų sąvadas būtų tik kaip orientacinė priemonė, o kitos jam nori suteikti įstatyminę galią ir taip nerašytinę teisę pakeisti rašytine. Be to, šioms valstybėms labai svarbu kuo labiau suartinti arba net unifikuoti jų teritorijose galiojančias paprotines teises. Tai uždavinys, kurį įgyvendinant nepaprastai didelių sunkumų iškyla ten, kur vienoje valstybėje gyvena įvairių rasių, kalbų ir skirtingo gyvenimo būdo giminės, tautos. Nuo kolonializmo laikų likęs dualizmas tarp teismų, taikančių tik paprotinę teisę, ir tarp teismų, taikančių tik bendrąją teisę, šiaip ar taip, jau visur yra šalinamas. Vis dažniau teisingumą žemesniuose teismuose vykdo ne giminės seniūnas ar į jį panašūs asmenys, bet profesionalūs afrikiečiai teisėjai, išsilavinimą įgiję naujai įkurtuose Afrikos universitetuose, kuriuose pagrindinį vaidmenį vis dar paprastai vaidina anglų ar amerikiečių teisininkai. Ateityje minėtų valstybių pagrindinė užduotis – kuo labiau unifikuoti vidaus teisinę tvarką, panaudojant bendrosios teisės teisinę terminologiją bei įstatyminę techniką, ją kodifikuoti ir į šį procesą įtraukti pagrindines afrikiečių paprotinės teisės, ypač šeimos bei paveldėjimo teisės, vertybes bei institutus. Kartu įstatymų leidėjas, šiaip ar taip, privalo unifikuoti afrikiečių prekybos teisę, kad būtų išvengta nacionalinės izoliacijos.

VI.

Pietų Afrikos Respublikos teisė ypatingo lyginamosios teisės specialisto dėmesio nusipelno vien todėl, kad joje dar iki šių dienų gyvuoja romėnų teisė su niekur kitur pasaulyje nepasiektu gyvybingumu. Antra, todėl, kad šioje šalyje plėtojantis romėnų teisei įvyko savotiškas kontaktas su anglų bendrąja teise.

Tai, jog romėnų teisė šiandien tebegyvuoja Pietų Afrikoje, iš esmės yra nulemta istorinio atsitiktinumo. 1652 metais olandas Janas van Riebeeckas olandų Rytų Indijos kompanijos pavedimu Gerosios Vilties iškyšulyje įkūrė gyvenvietę, kurios pagrindinė paskirtis buvo kelionės į Rytų Indiją metu olandų laivus aprūpinti geriamu vandeniu ir maisto produktais. Labai greitai iš šio aprūpinimo punkto išsiplėtė klestinti kolonija, kuri labai padidėjo dėl olandų, prancūzų bei vokiečių imigracijos, ir jos ribos pamažu vis plėtėsi į Rytus ir į Šiaurę. Šioje kolonijoje galiojo metropolijos teisė, o tiksliau – *Olandijos provincijos*, kuri tuomet buvo įtakingiausia Nyderlandų Respublikos provincija ir kartu Rytų Indijos kompanijos buveinė. Šioje provincijoje tuo metu galiojo romėnų teisė. Ji buvo receptuota tokia forma, kokią jai suteikė glosatoriai ir komentatoriai. Šią teisę tyrinėjo XVII–XVIII a. žymiausi olandų teisės mokytojai, tokie kaip Hugo Grotiusas (1583–1645), Arnoldus Vinniusas (1588–1657), Johannes Voetas (1647–1713), Cornelis van Bynkershoeckas (1673–1743), Dionysius van der Keesselis (1738–1816) ir kartu su smarkiai pakeista senąja olandų paprotine teise pritaikė to meto praktiniams poreikiams. Ši „romėnų-olandų“ teisė kolonijoje liko galioti ir tuomet, kai per Napoleono karą anglai, norėdami užtikrinti sau jūrinį ryšį su Indija, 1795 metais, bet galutinai 1806 metais, užgrobė šią koloniją ir paskelbė ją savo kolonija.

Olandijos metropolijoje, priešingai, ją užėmus Napoleonui, romėnų-olandų teisė buvo panaikinta ir 1809 metais pakeista Prancūzijos CK, o 1838 metais – jo pagrindu parengtu *Burgerlijk Wetboek*, kuris vėliau buvo įvestas olandų valdose Rytų Indijoje. Taip romėnų-olandų teisė išsilaikė tik tose teritorijose, kurios dar prieš įsigalint prancūzų pavyzdžiu parengtam civiliniam kodeksui, buvo atskirtos nuo olandų kolonijinės imperijos ir pateko britų priklausomybėn. Be Pietų Afrikos tokioms teritorijoms dar priklauso: nuo 1799 metų – Šri Lanka (anksčiau Ceilonas), o nuo 1803 metų – Gajanos dalis.

Žinoma, romėnų-olandų teisė Šri Lankoje negalėjo įsitvirtinti taip sėkmingai, kaip Pietų Afrikoje. Pirmiausia tai nulėmė tas faktas, jog joje nekalbama olandiškai (arba afrikanso kalba) ir nėra priėjimo prie olandiškų, o svarbiausia – prie lotyniškų šaltinių. Todėl neatsitiktinai jos sutarčių bei prekybos teisėje aiškiai vyrauja bendroji teisė. Apie tai palyginkime *Jennigs/Tambiah*, ten pat, *Rajanayagam*, ten pat. Gajanoje romėnų-olandų teisė nuo pradžių susidūrė su sunkumais ir 1916 metais buvo pakeista bendrąja teise. Apie tai palyginkime *Dalton*, The Passing of Roman-Dutch Law ir Britisch Guiana, S. Afr. L. J. 36 (1919) 4.

Kapo koloniją prijungus prie britų imperijos, bendrosios teisės įtaka labai greitai pasidarė akivaizdi. Britų administracijai pirmiausia rūpėjo sutvarkyti ir modernizuoti naujos kolonijos konstituciją, valdymą bei teismų sistemą. Atsitiko taip, kad netrukus įrodymų ir procesinė teisė tiek civilinėje, tiek ir baudžiamojoje teisėje buvo pertvarkyta bendrosios teisės pavyzdžiu. Be to, anglų kalba tapo vienintele teismo kalba. Kadangi romėnų-olandų teisėje nebuvo normų, galinčių reguliuoti modernių prekinių-piniginių santykių plėtojimąsi, o tarp Afrikos ir Didžiosios Britanijos mezgėsi ypač glaudūs ekonominiai ryšiai, suprantama, kad vertybinių popierių, bankroto, jūrinės prekybos, draudimo bei įmonių teisėje Pietų Afrika beveik be pakeitimų perėmė daugelį Anglijos įstatymų. Anglijos teisė į Pietų Afriką skverbėsi ir aplinkiniais keliais. Tais atvejais, kai, teisėjų nuomone, romėnų-olandų teisė buvo neaiški, su spragomis arba pasenusi, jie būdavo linkę pasitelkti anglų precedentų teisę, su kuria daugiausia Londone išsilavinimą įgiję advokatai ir teisėjai buvo susipažinę geriau nei

su senais Grotiuso bei Voeto tekstais. Tokia didelė anglų teisinių idėjų įtaka iš dalies gali būti paaiškinta tuo, jog praėjusio šimtmečio paskutinį trečdalį Didžiosios Britanijos politinė bei ekonominė įtaka pasaulyje buvo pasiekusi savo apogėjų. Be to, tuomet Pietų Afrikoje nebuvo savarankiško teisės mokslo, galėjusio puoselėti romėnų-olandų teisės tradicijas. Ir pagaliau nereikia pamiršti, jog XIX a. tūkstančiai būrų, nepatenkintų tuo, kad anglai panaikino vergovę, ir bijodami savo gyvenimo „anglizavimo", paliko Kapo koloniją ir į šiaurę nuo jos įkūrė tris nepriklausomas būrų respublikas: Natalį, Oranžiją bei Transvalį. Tačiau vėliau visos trys respublikos (Oranžija ir Transvalis po anglų pergalės būrų kare tik 1902 metais) vėl buvo prijungtos prie britų kolonijinės imperijos. Tačiau po būrų karo baltieji Pietų Afrikos gyventojai greitai ėmė linkti prie minties, jog pirmiausia dėl ekonominių motyvų jie turi tarp savęs nustatyti glaudesnius ryšius. Ir jau 1910 metais Kapo kolonija ir trys tuometinės būrų respublikos susijungė į vieną valstybę – Pietų Afrikos Sąjungą, kurios konstitucija yra išdėstyta britų parlamento priimtame įstatyme – 1909 metų *South Africa Act.*

Kai kurios Pietų Afrikos teritorijos ir toliau liko britų valdžioje. Šiuo metu jos visos (*Lesotas*, *Botsvana*, *Svazilendas*, *Zimbabvė*) yra išsikovojusios nepriklausomybę. Jose baltiesiems gyventojams taikoma tokia romėnų-olandų teisė, kokia ji galiojo Pietų Afrikoje. Dar labiau į šiaurę esančiose buvusiose britų kolonijose, o šiuo metu nepriklausomose *Zambijos* bei *Malavio* valstybėse, priešingai, kartu su afrikiečių paprotine teise iš esmės galioja anglų bendroji teisė.

1910 metais įkūrus Pietų Afrikos Sąjungą teisės „anglizavimo" procesas sustojo. Tam pasitarnavo įvairios aplinkybės: politinės nepriklausomybės nuo britų metropolijos jausmas, anglų ir afrikaniečių kalbų pripažinimas lygiateisėmis, Pietų Afrikos universitetų, kurie ne tik perėmė vietinių teisininkų ruošimą, bet ir sutvarkė bei visuomenei prieinamais padarė romėnų-olandų teisės šaltinius, suklestėjimas. Nuo tada galima aiškiai stebėti, kad Pietų Afrikos teismai dažnai remiasi senaisiais olandų teisininkų tekstais ir iš jų išvedamomis normomis, juos kruopščiai sutvarko ir pritaiko modernioms gyvenimo sąlygoms. Bendroji teisė, kaip ir anksčiau, vyrauja konstitucinėje, administracinėje, komercinėje ir procesinėje teisėje. Teismų santvarka, teisėjo vieta, precedentų laikymosi institutas, teisininkų veikla taip pat iš esmės atitiko anglų teisės tradicijas. Priešingai, šeimos, paveldėjimo bei daiktinei teisei bendroji teisė padarė tik nedidelę įtaką. Šiose teisės srityse vienareikšmiškai viešpatauja romėnų mąstymo formos. Kaip pavyzdį galima pateikti vieningos nuosavybės sąvokos, kuri yra skiriama tiek nuo ribotų daiktinių teisių sąvokos, tiek nuo valdymo sąvokos, pripažinimą. Bendrajai teisei toks ryškus šių sąvokų skyrimas nėra žinomas. Taip pat aiškiai yra skiriami sandoriai, kuriais siekiama sukurti nuosavybės teisę ir sandoriai, kuriais siekiama *perduoti nuosavybės teisę*. Pastarųjų galiojimui be šios teisės perdavimo (arba kvaziperdavimo) reikia ir atitinkamo abiejų šalių sutikimo. *Occupatio, accessio, specificatio, traditio, costitutum possessorium* – tai sąvokos, su kuriomis pietų afrikiečiai advokatai bei teisėjai, spręsdami atitinkamas bylas, susiduria nuolat. Pietų Afrikoje nebuvo receptuotas ir angloamerikiečių teisei būdingas *trust* (patikos) institutas. Teismui teisinį poveikį daugiausiai pavykdavo pasiekti pasitelkus romėnų sąvokas. Taip testamentinė *trust* buvo imituojama *fideicommissum* dėka, *inter vivos trust – stipulatio alteri*, o visuomenei naudingiems tikslams skirta *charitable trust – donatio ad pias causas* pavyzdžiu.

Apie tai išsamiai palyginkime *Hahlo*, The Trust ir South African Law, S. Afr.L. J. (1961) 195. Didesnę įtaka bendroji teisė padarė bendrajai sutarčių ir deliktinei teisei. Pietų Afrikos teismų praktika perėmė, pvz., *mailbox* (pašto dėžutės) teoriją bei nekalto melagingo tvirtinimo institutą (plg. 26 II, 31 IV). XIX a. pabaigoje jie buvo linkę perimti ir priešpriešinio patenkinimo teoriją, tačiau vėliau nedviprasmiškai ją atmetė. Dar ir šiandien deliktinės teisės pagrindą sudaro *actio legis Aquiliae* ir *actio iniuriarum*. Tačiau priežastinio ryšio ir paties nukentėjusiojo kaltės teorijose aiškiai jaučiama anglų teisės įtaka, o pagalbininkų atsakomybė ir defamaciniai ieškiniai – tai netgi grynai bendroji teisė. Apskritai paėmus, sutarčių ir deliktinė teisė taip pat išsaugojo romėnų teisės sąvokų struktūros pagrindą ir dažnai tam tikrais atvejais labai efektyviai yra naudojami digestai bei senų olandų autorių tekstai. Palyginkime *Essa* v. *Divaris*, 1947 (1) S. A. 753 A. D. bylą, kurioje teismas sprendė klausimą, ar mašinų stovėjimo aikštelės šeimininkui už jam priklausančioje aikštelėje palikto sunkvežimio praradimą turi būti taikoma tokia pat griežta atsakomybė, kokia numatyta pretoriaus edikte (žr. D. 4. 9. 1 pr) stabularijui už pas jį palikto arklio praradimą. Kontinentinės Europos skaitytojui šis ir kiti panašūs atvejai nėra labai netikėti ir šokiruojantys, nes Vokietijoje bei Prancūzijoje šiandien sprendžiant iškilusias problemas taip pat dažnai remiamasi romėnų mąstymo kategorijomis. Daug labiau stebina tas faktas, jog Pietų Afrikos teismų sprendimuose teisės raidos tęstinumas – nuo pat klasikinių romėnų teisininkų *Justiniano*, glosatorių *Voeto*, *Vinniuso*, – iki pat šių dienų yra matomas daug aiškiau, nei šiandien Europoje, kur šis tęstinumas civilinių kodeksų pasirodymo dėka nors ir nėra nutrauktas, bet iš visuotinės teisininkų sąmonės vis dėlto išnykęs.

Į klausimą, ar Pietų Afrikos teisę reikia priskirti angloamerikiečių teisės šeimai, ar teisinėms sistemoms, išsivysčiusioms romėnų teisės pagrindu, nėra vienareikšmiško atsakymo. Paskutinės nuomonės linkę laikytis tie, kurių manymu, lemiamas veiksnys yra nagrinėjamosios teisės sistemos pagrindinių terminų ir struktūrų pobūdis. Pietų Afrikoje jis, jei žiūrėsime į nekodifikuotą teisę, be abejonės, yra romėniškas. Kitokios nuomonės laikysis tie, kurių manymu, pagrindinis veiksnys šiandieninėje teismų praktikoje yra teisės taikymo technika: proceso eiga, įrodymų teisė, precedentų naudojimo metodai bei teismų santvarka, teisėjams bei advokatams keliami uždaviniai ir jų vieta – visa tai aiškiai seka anglų pavyzdžiu. Tą patį galima pasakyti ir apie kodifikuotos teisės reguliavimo sferą, šiandieną turinčią didelės praktinės reikšmės, ypač prekybos bei įmonių teisėje. Todėl Pietų Afrikos teisė yra „hibridinė“, joje, kaip mums atrodo, romėnų-olandų ir anglų teisės elementai susiliejo taip, jog jos priskyrimas vienai ar kitai teisės šeimai daugiau ar mažiau būtų prievartinis:

Like a jewel in a brooch, the Roman-Dutch law in South Africa today glitters in a setting that was made in England. Even if it were true (which it is not) that the whole of South African private and criminal law had remained pure Roman-Duth law, the South African legal system as a whole would still be a hybrid one, in which civil-and common-law elements jostle each other (*Hahlo/Kahn*, The South African Legal System, p. 585 ir kt.).

VII.

Lygiai taip pat sunku kokiai nors teisės šeimai priskirti *Izraelio* teisę. Tai pirmiausia galima paaiškinti tuo, jog šiuo metu Izraelio galiojančioje teisėje susilieja nemažai istorinių etapų. Ši teisė formavosi osmanų laikų teisės šaltinių, bendrosios teisės paveiktos įstatymų lei-

dybos, egzistavusios tais laikais, kai šalis buvo mandatinė britų teritorija, pagrindu. Izraelyje šiandien galioja nuo 1948 metų jo įstatymų leidėjo kuriama teisė, kurią toliau plėtoja šalies teismai.

Po to, kai Tautų Sąjunga 1922 metais Didžiajai Britanijai suteikė mandatą valdyti Palestiną, britų nutarimu buvo nustatyta (1922 m. rugpjūčio 10 d. *Palestine order in Council*, 46 str.), jog mandatinės teritorijos teismai turi taikyti 1914 m. lapkričio 1 d. galiojusią Osmanų imperijos teisę ir vėliau išleistus turkų įstatymus bei normas, kurias nustatys mandatinės teritorijos valdžios organai. Toliau, vadovaujantis įprastine britų kolonijinės administracijos praktika, buvo nustatyta, jog visais atvejais, kai taikomame įstatyme nėra reikalingų normų, teismai turi vadovautis *according to the substance of the common law, and the doctrines of equity*, tai, žinoma, tik *subject to such qualifications as local circumstances render necessary.*

1922 metais Palestinoje galiojusią Osmanų imperijos teisę sudarė nevienodos prigimties teisės šaltiniai. Turtinė teisė buvo išdėstyta vadinamajame *Megelle*, t.y. 1869–1876 metais turkų administracijos parengtame islamo teisės normų (hanefitinės krypties, plg. p. 300 ir kt.) rinkinyje. Šeimos bei paveldėjimo teisėje galiojo nekodifikuota islamo teisė, o svarbios prekybos teisės sritys buvo reguliuojamos įstatymais, kuriuos turkų sultonai pažodžiui perrašė iš prancūzų. Britų mandatinis valdymas Palestinoje truko mažiau nei 30 metų, tačiau jos teisė buvo smarkiai „anglizuota". Tai buvo pasiekta, pirma, beveik visus osmanų laikų prancūzų teisės šaltiniais besiremiančius įstatymus pakeičiant angliškos prigimties normomis. Antra, inkorporuojant įstatymus, tuo metu jau galiojusius Didžiojoje Britanijoje (pvz., vekselių, įmonių teisėje bei įstatymuose, reguliavusiuose nematerialines turtines teises). Kartais buvo pasinaudojama ir įstatymų tekstais, kuriuose (Anglijoje plačiai kaip precedentų teisė galiojanti) bendroji teisė buvo išdėstoma straipsniais. Taip anglams buvo paprasčiau šią teisę eksportuoti į tuometines savo kolonijines teritorijas deliktinės ir baudžiamosios teisės srityse. Prie teisės „anglizavimo" prisidėjo ir tai, jog teismai bendrosios teisės normas papildomai taikė ne tik tuomet, kai Palestinoje galiojanti teisė nereguliavo atskirų klausimų ar net visų teisės institutų (pvz., nepagrįsto praturtėjimo ar kolizinės teisės), bet ir tais atvejais, kai galiojančios teisės normos, ypač jei tai buvo osmanų laikų teisės normos, buvo neaiškios ir todėl reikėjo jas išaiškinti.

1948 m. gegužės 14 d. įkūrus Izraelio valstybę, vienu iš pirmųjų jo įstatymų leidėjo aktų (*Law and Administration Ordinance* 1948, 11 str.) buvo nustatyta, jog iki valstybės įkūrimo galiojusi teisė lieka galioti tol, kol jos nepakeis arba nepanaikins naujos įstatymų leidėjo išleistos normos. O tai šiuo metu jau beveik ir įvyko. Tačiau būtina pabrėžti, jog mandatinio laikmečio Anglijos teise besiremiantys potvarkiai galioja ir šiandien, ypač svarbios prekybos bei įmonių teisės normos dar ir šiandien iš esmės atitinka Anglijos teisę, nors nuo 1972 metų aiškinant minėtus potvarkius anglų teismų sprendimai Izraelio teismams yra tik rekomendacinio, bet ne privalomojo pobūdžio, kaip tai buvo mandatiniu laikotarpiu. Priešingai, Osmanų imperijos laikų normos pastaruoju metu turi labai mažai reikšmės, nes Izraelio įstatymų leidėjas nuo 1965 metų išleido daug įstatymų, iš dalies naujai sureguliavusių prievolinę bei daiktinę teisę ir taip pakeitusių *Megelle* normų rinkinį. Tarp šių įstatymų yra ir įstatymai, reguliuojantys sutarčių teisę, atstovavimą bei perleidimą, pirkimo ir pardavimo sutartis bei dovanojimą, taip pat žemės bei paveldėjimo teisės klausimus. Šie įstatymai, vėliau sujungti į civilinį kodeksą, savo *forma* vadovavosi kontinentinės Europos teisės mode-

liu. Juose buvo tik įtvirtinami pagrindiniai principai ir pagrindinės kryptys, o konkretizuoti neaiškias įstatymų sąvokas paprastai pavedama teismams. Minėtuose įstatymuose yra bendrųjų normų-principų, tačiau angliškajai kodifikacijos technikai būdingo „barokinio" detalizavimo (plg. 18 str. III) sąmoningai išvengta. Kurdamas šių įstatymų *turinį*, Izraelio įstatymų leidėjas vadovavosi lyginamuoju teisės metodu. Todėl atsižvelgė ne tik į bendrąją teisę, bet ir į kontinentinės Europos teisę bei tarptautiniu mastu unifikuotą pirkimo ir pardavimo teisę. Lyginamasis-teisinis minėtų įstatymų pagrindas lemia tai, jog, kaip aiškiai nustatyta keliuose įstatymuose, juos aiškinant bei užpildant galimas spragas daugiau nebereikia vadovautis bendrąja teise. Minėtus įstatymus aiškinti bei plėtoti reikia „automatiškai", atsižvelgiant į jų pačių turinį. Taigi bendrosios teisės reikšmė Izraelyje galiojančios civilinės teisės turiniui darosi vis mažesnė. Tačiau teisės tobulinimo stilius ir metodai vis dar orientuojasi į bendrosios teisės tradicijas:

> Israeli case-law remains typical of that in countries following the common law tradition. The manner of discussion, the mode of reasoning and the general approach are all characteristic of the common law system. This is also true of attitude of judges, jurists and attorneys to precedents, to the role of the courts and to their contribution to the development of law (*Friedmann*, p. 22).

17. JUNGTINIŲ AMERIKOS VALSTIJŲ TEISĖ

Atiyah/Summers, Form and Substance in Anglo-American Law, A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions (1987); *Calabresi*, A Common Law for the Age of Statutes (1982), *Clark/Ansay*, Introduction to the Law of the United States (1992); *Coing*, Neue Strömungen in der nordamerikanischen Rechtsphilosophie, ARSP 38 (1949) 536; *Farnsworth*, An Introduction to the Legal System of the United States (1987); *Fikentscher*, Methoden des Rechts II (1975); *Friedmann*, A History of American Law (1973); *to paties autoriaus*, American Law (1984); *Gilmore*, The Ages of American Law (1977); *Griswold*, Law and Lawyers in the United States, The Common Law Under Stress (1964); *Hay*, Einführung in das amerikanische Recht (1995); *Honnold* (Leidėjas), The Life of the Law, Readings on the Growth of Legal Institutions (1964); *Hurst*, The Growth of American Law (1950); *Kahn-Freud*, English Law and American Law – Some Comparative Reflections, veikale: Essays in Jurisprudence in Honor of the Roscoe Pound (1962); *Karlen*, Appellate Courts in the United States and England (1963); *to paties autoriaus*, Judicial Administration – The American Experience (9170); *Posner*, The Federal Courts, Crisis and Reform (1985); *Pound*, The Formative Era of American Law (1938); *to paties autoriaus*, The Development of American Law and Its Deviation from English Law, L.Q.Rv. 67 (1951); *Rabel*, Deutsches und amerikanisches Recht, RabelsZ 16 (1951) 340; *Reimann*, Amerikanisches Privatrecht und europäische Rechtseinheit – Können die USA als Vorbild dienen?, veikale: Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht (Leidėjas: Zimermann, 1955) 132; *Rheinstein*, Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen, RabelsZ 34 (1970) 1; *Rueschemeyer*, Juristen in Deutschland und in den USA, Eine vergleichende Untersuchung von Anwaltschaft und Gesellschaft (1976); *Rumble*, American Legal Realism (1968); *Schlesinger*, Die Rolle des Supreme Court im Privat-und Prozessrecht der Vereinigten Staaten (1965); *Stein*, The Attraction of the Civil Law in Post-Revolutionary America, Va.L.Rev. 52 (1966) 403; *Weiss*, Die

Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika (1971); *Wengler*, Die Anpassung des englischen Rechts durch die Judikatur in den Vereinigten Staaten, veikale: Festschrift Rabel I (1954) 39, *Yntema*, American Legal Realism in Retrospect, Vand.L.Rev. 14 (1960) 317.

I.

Jungtinių Amerikos Valstijų teisė bendrosios teisės šeimoje užima labai svarbią vietą, todėl šiame veikale, kiek tai įmanoma, ją analizuosime nuodugniau. Ir ne vien todėl, kad Jungtinės Valstijos yra viena iš galingiausių pasaulio valstybių savo ekonominiu, kariniu potencialu ir politine įtaka. JAV teisė visus 200 metų po nepriklausomybės paskelbimo plėtojosi visiškai savarankiškai ir daugeliu atvejų smarkiai nutolo nuo angliškojo pavyzdžio. Kitaip nei Anglija, JAV turi rašytinę konstituciją, nustatančią, jog JAV yra federacinė valstybė, ir įtvirtinančią pagrindinių teisių bei laisvių sąrašą, kuris yra privalomas įstatymų leidžiamajai, teisminei ir vykdomajai valdžiai. Ypatingi Amerikos įkūrėjų politiniai idealai, jos gyventojų rasinė, religinė bei kultūrinė įvairovė, milžiniškas šalies plotas ir pirmiausia kvapą gniaužianti socialinio bei ekonominio plėtojimosi dinamika pasitarnavo tam, jog amerikiečių teisė ištobulino metodus bei sprendimus, kurių dėka ją studijuoti kontinentinės Europos teisininkams atrodo kur kas įdomiau ir patraukliau nei anglų teisę, kuri paprastai ir toliau rūpestingai saugo savo tradicijas.

Šiaurės Amerikos kontinentas pradėtas apgyvendinti XVII a. pirmojoje pusėje. Pirmiausia Virdžinijoje, o vėliau ir kituose Rytų pakrantės regionuose įsikūrė mažos kolonijos, tarpusavyje labai menkai bendravusios. Su Anglija minėtos kolonijos taip pat neturėjo nuolatinių tvirtų ryšių. Ankstyvuoju laikotarpiu pagrindinis šių kolonijų tikslas buvo užsitikrinti savo egzistenciją kovojant su gamtinėmis jėgomis ir indėnais. Todėl nei teismų, nei teisininkų tuomet nė nebuvo. Be to, kai kurios kolonijos, pavyzdžiui, Masačiūsetsas bei Pensilvanija, buvo religinės valdžios įtakoje ir visus ginčus jose, vadovaudamiesi Biblija, spręsdavo dvasininkai, o ne teisininkai bendrosios teisės pagrindu. Ši padėtis ėmė kisti tik XVIII a. pradžioje, kai prekyba tarp atskirų kolonijų ir tarp kolonijų bei užsienio šalių (ypač su Anglija) išaugo, o teokratinės valdžios kolonijose prarado savo įtaką. Pamažu ėmė formuotis teisininkų sluoksnis. Daugelis jų dar prieš persikėlimą išsilavinimą įgijo Londono *Inns Of Court*. Vis labiau plito Anglijos teisininkų kūriniai, pirmiausia *Blackstone'o* Commentaries on the Laws of England. Šis veikalas amerikiečių kolonijose buvo parduotas greičiau nei kur kas daugiau gyventojų turinčioje metropolijoje. Kai XVIII a. viduryje kaip reakcija į kolonijinį Anglijos imperializmą kilo amerikiečių judėjimas už nepriklausomybę, teisininkai buvo šio judėjimo lyderiai. Iš 56 asmenų, pasirašiusių 1776 metų Nepriklausomybės deklaraciją, ne mažiau nei 25 jų buvo teisininkai. Paraleliai su iki 1781 metų vykusia kova su Anglija nepriklausomomis tapusių valstijų atstovai rūpinosi politiškai glaudesnės tarpusavio sąjungos sukūrimu. Tik 1787 metais Filadelfijos konstitucinio konvento dalyviams, tarp kurių vėl daugiau nei pusė buvo teisininkai, pavyko parengti federacijos konstituciją. 1789 metais ji įsigaliojo trylikoje valstijų. Su kai kuriais papildymais ji galioja ir šiandien. Šios konstitucijos pastovumas tiesiog kelia susižavėjimą. Praktiškai nepakitusi ji pergyveno ne tik JAV išsiplėtimą per visą Šiaurės Amerikos kontinentą, ne tik pasaulio valstybių sąrašo gale buvusio agrarinio krašto virtimą galingiausia Žemės industrine šalimi, bet ir pilietinį karą bei du pasaulinius karus.

Dar prieš nepriklausomybės išsikovojimą amerikiečiai buvo tos nuomonės, jog kiekvienoje kolonijoje, be specialiai joms išleistų įstatymų, turi galioti ir anglų bendroji teisė. Bet tai galiojo su tam tikrais apribojimais. XVIII ir XIX a. sandūroje gausu teismų sprendimų, kuriuose teisėjai remiasi kontinentinės teisės autoriais bei teisės normomis. Tai atsitikdavo tais atvejais, kai bendrojoje teisėje nebuvo aiškios normos, kai teismai susidurdavo su bylomis, susijusiomis su tų teisės šakų reguliuojamais santykiais, kuriose, pavyzdžiui, laivininkystės, vertybinių popierių ar prekybos teisėje, kontinentinė teisė ir pačioje Anglijoje buvo pripažintas teisės šaltinis bei tuomet, kai klausimo sprendimui reikėjo pasitelkti visuotinio, visur pripažįstamo teisinio principo autoritetą.

Palyginkime tai su *Helmholz*, Use of the Civil Law in Post-Revolutionary American Jurisprudence, Tul.L.Rev. 66 (1192) 1649; *Stein*, The Attraction of the Civil Law in Post-Revolutionary America, Va.L.Rev. 52 (1966) 403; toliau apie romėnų ir kontinentinės Europos teisės įtaką Amerikai palyginkime *Hoeflich*, Roman Law in American Legal Culture, Tul. L.Rev. 66 (1992) 1723; *to paties autoriaus*, Transatlantic Friendships and the German Influence on American Law in the First Half of the 19th Century, Am.J.Comp.L.35 (1987) 599. Taip pat buvo pripažinta, jog anglų bendroji teisė nebus taikoma, jeigu ji netinka specifinėms Amerikos sąlygoms. Taip, pvz., Anglijoje galiojo taisyklė, pagal kurią žemės sklypo savininkas, net jei tai buvo padaryta be jo kaltės, atsako už žalą, kurią jo gyvuliai padarė kaimyno teritorijoje. Tokia taisyklė galėjo tikti tankiai apgyventai šaliai, kurioje iš naminių gyvulių augintojo galima buvo pareikalauti, kad jis gyvulius laikytų aptvertus ir taip išvengtų galimo žalos padarymo kaimynams. Kitaip buvo Amerikoje, kur milžiniškos neapgyventos teritorijos galėjo būti panaudotos tik kaip ganyklos. Čia įsigalėjo principas, pagal kurį ne naminių gyvulių savininkas privalėjo aptverti savo gyvulius, bet, priešingai, pastatų, miškų ar žemės ūkio kultūrų savininkas turėjo apsitverti ir apsaugoti minėtą savo turtą nuo gyvulių. Anglų bendrosios teisės vandenų teisė taip pat netiko vakarinės Amerikos sausringoms vietovėms. Jose dėl labai didelio vandens stygiaus savo žemių drėkinimui jį turėjo naudoti ne tik prie upių esančių, bet ir kitų valdų savininkai. Netinkamos buvo ir kasybą reguliuojančios anglų teisės normos. Natūralu, jog prasidėjus *„gold rush“*, ieškodami brangiojo metalo šimtai tūkstančių žmonių užplūdo neapgyventas vietoves, ir naudingųjų iškasenų ieškotojų teisėms apriboti reikėjo visai kitokių nei tuomet Anglijoje galiojusių normų. Šis ir kiti pavyzdžiai iš amerikiečių teisės istorijos įtikinamai rodo, kokią didelę įtaką teisės turiniui turi esamos klimato, geografinės, ekonominės bei socialinės sąlygos ir kaip jos gali keisti egzistuojančią teisę.

Atskirų valstijų *įstatymų leidyba* taip pat smarkiai pakeitė anglų bendrosios teisės normas. Daugelis amerikiečių savo tėvynę Europoje paliko todėl, jog ten valdančios klasės varžė jų politines, religines ar ekonomines teises. Todėl XIX a. pradžioje kai kurių Amerikos valstijų parlamentuose vyravo politinės pažiūros, kurioms buvo būdingas siekis sukurti kraštutinai egalitarinę, radikaliai demokratinę visuomenę. Šios idėjos labiausiai pasireiškė Andrewo Jacksono prezidentavimo metais (1829–1837). Jos privedė prie to, jog atskirose valstijose buvo priimta daug įstatymų, kuriais iš anglų žemės, šeimos bei paveldėjimo teisės buvo pašalinti feodaliniai elementai, supaprastintas teismo procesas, panaikinta profesinė ir luominė monopolija, sustiprinta neturtingųjų skolininkų, ypač smulkių, sunkiai sau pragyvenimui užsidirbančių atvykėlių, apsauga nuo kreditorių pretenzijų ir humanizuota baudžiamoji teisė. Šis procesas palietė ir teismų santvarką. Tuo metu advokatai ir teisėjai, kaip asmenys, privalantys turėti

specialų išsilavinimą ir specialių žinių, naudojosi gausiomis, dar viduramžiais jiems suteiktomis privilegijomis. Todėl daugelyje valstijų buvo priimti teisiniai aktai, pagal kuriuos advokato profesiją galėjo įgyti kiekvienas, su baudžiamuoju įstatymu nekonfliktavęs pilietis. Tokio pobūdžio nuostatos Masačiūsetse galiojo iki 1935 metų, Indianoje – iki 1933 metų. Roscoe'o Poundo žodžiais, tai sukėlė teisės taikymo praktikos „deprofesionalizaciją", kuri lėmė tai, jog advokatų elgesys teisme, jų profesinės etikos lygis, užsieniečio tyrinėtojo nuomone, dar ir šiandien neatitinka keliamų reikalavimų. Antidemokratiniu bruožu tuomet buvo laikoma ir tai, jog teisėjus skirdavo vykdomoji valdžia, ir jie savo pareigas eidavo ilgai arba net iki mirties. Todėl beveik visose valstijose įstatymais buvo nustatyta, jog teisėjus renka parlamentas arba tiesiogiai tauta ir jog jie po palyginti trumpo laiko turėtų būti perrenkami. Dar ir šiandien daugumoje valstijų teisėjus viešuose rinkimuose tiesiogiai renka tauta. Be to, kandidatų priklausomybė demokratų ar respublikonų partijai paprastai visai atvirai yra skelbiama rinkimų biuleteniuose, o jų rinkimų kampanija yra remiama partinių organizacijų. Likusiose valstijose teisėjų skyrimas priklauso vykdomajai valdžiai (valstijose – gubernatoriui, federacijos teismų teisėjų – prezidentui). Be to, dažnai reikia ir įstatymų leidžiamosios valdžios pritarimo. Tačiau ir šiais atvejais teisėjų rinkimas stebėtinai dažnai priklauso ne tik nuo jų profesinės kvalifikacijos, bet ir nuo politinės priklausomybės, tarnybinės protekcijos bei užkulisinių politinių sandorių. Ypač tai pasakytina apie rinkimus į valstijų žemesniųjų teismų teisėjus. Tačiau ir prezidentas federacinių teismų teisėjais paprastai skiria savo partijos narius.

Profesinės amerikiečių advokatų organizacijos *(Bar Associations)* ilgus metus ne be reikalo kovojo už tai, kad renkant teisėjus labiau būtų atsižvelgiama į jų profesinę kvalifikaciją. Šios organizacijos iš dalies prisidėjo prie to, kad visuotiniai teisėjų rinkimai būtų pakeisti tokia sistema, kai nepriklausoma komisija į kiekvieną laisvą teisėjo vietą siūlo tris profesiniu požiūriu tinkamus kandidatus, iš kurių gubernatorius paskiria teisėją. Taip išrinktas teisėjas, norėdamas teisėjauti ir toliau, pasibaigus jo įgaliojimų laikui, privalo būti perrinktas. Advokatų asociacijos bando daryti įtaką ir ten, kur teisėjų rinkimas priklauso vykdomosios valdžios vadovui. Yra įprasta, jog kandidatų į federacinių teismų teisėjus sąrašas pranešamas specialiam Amerikos advokatų organizacijų komitetui. Asmenys, kurie šiam komitetui po svarstymo pasirodo netinkami teisėjo pareigoms, prezidento yra labai retai paskiriami, nes bijoma nepalankios visuomenės nuomonės.

Prie svarbiausių XIX a. teisinių ir politinių diskusijų temų priklauso ir klausimas dėl visaapimančios amerikietiškojo bendrosios teisės varianto kodifikacijos. 1811 metais Jeremy Benthamas parašė laišką prezidentui Madisonui, kuriame išdėstė tokio sumanymo privalumus ir pats pasisiūlė paruošti kodeksą. Prezidento atsakymas į šį laišką buvo mandagus, bet neigiamas. Tačiau Benthamo ir jo mokinių idėjų įtaka buvo tokia ryški, prancūzų civilinio kodekso pavyzdys toks įspūdingas, nepasitenkinimas painia bendrąja teise toks didelis, jog kodifikacijos idėjos pirmiausia plačiai paplito Masačiūsetse, vėliau ir Niujorke, kuriame advokatas Davidas Dudley Fieldas buvo karštas jų gynėjas. Iš čia jos pasklido į kitas federacijos valstijas, ir visur įsižiebė rimtos diskusijos, daugeliu atžvilgių priminusios ginčą tarp Thibauto ir Savigny. Iš pradžių Fieldas parengė civilinio proceso kodeksą, kurio svarbiausias požymis buvo tas, jog jis panaikino tradicinį skirtumą tarp ieškinių *at law* ir ieškinių *in equity* ir taip smarkiai supaprastino teismo procesą. 1848 metais šis kodeksas buvo priimtas Niujorke, o ateityje tapo pavyzdžiu daugelio valstijų atitinkamiems teisiniams aktams. Mažesnio pasisekimo sulaukė taip pat iš esmės Fieldo parengtas civilinio kodekso projektas. Kai jis 1865 metais vi-

suomenei pristatė minėtą projektą, judėjimas už kodifikaciją jau buvo gana smarkiai aprimęs. Jau kelis dešimtmečius buvo plačiai paplitę Kento ir Story komentarai bei straipsniai, kurių dėka amerikiečių teisė pasidarė aiškesnė ir labiau susisteminta. Tačiau pagrindiniai kodifikacijos idėjos priešininkai buvo advokatai, kurie rytinės pakrantės valstijose amžiaus viduryje susivienijo ir būdami buržuazinio valdančiojo visuomenės sluoksnio *(establishment)* dalis, darė didelę įtaką ir jokiu būdu nebuvo suinteresuoti tuo, jog įprastinė jiems reikiamos teisės normos parinkimo technika dėl Fieldo pasiūlyto kodekso netektų savo vertės. Kitokia padėtis susiklostė daugelyje *vakarinių* Amerikos valstijų, kuriose dar vyravo paprastesni socialiniai *frontier society* santykiai. Čia advokatų suinteresuotumas išsaugoti tvirtai įsigalėjusias teisininkų tradicijas nevaidino didelio vaidmens. Atvirkščiai, čia didesnio pasisekimo sulaukė racionaliu požiūriu susistemintas ir todėl net paprastam piliečiui suvokiamas kodeksas. Todėl Šiaurės bei Pietų Dakotoje, Aidahe, Montanoje bei Kalifornijoje praėjusio šimtmečio pabaigoje įsigaliojo *Field Code,* su daugybe pakeitimų galiojantis ir šiandien. Tiesa, reikia pabrėžti, jog jo reikšmė teismų praktikai yra visiškai kitokia nei atitinkamas įstatymo leidėjo aktas *Civil Law* šalyse (apie tai plg. 18 str. III).

Apie kodifikacijos idėjos istoriją Jungtinėse Amerikos Valstijose palyginkime *Herman*, Schicksal und Zukunft der Kodifikationsidee in Amerika, atspausdinta: Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht (leidėjas: Zimmermann, 1995) 45; *Reimann*, The Historical School Against Codification: Savigny; *Carter*, an the Defeat of the New York Civil Code, Am.J.Comp.L. 37 (1989) 95.

XIX a. vis daugiau prieštaravimų kilo tarp prekybinės ir pramoninės, muitais apsaugotos Šiaurės ir agrarinių Pietų plantacinės aristokratijos. Šis prieštaravimas labiausiai pasireiškė sprendžiant vergų klausimą. 1857 metais Aukščiausiasis Teismas blogai pagarsėjusioje *Dred Scott* v. *Sandford* (19 How. 393) byloje nusprendė, jog juodaodžio vergo JAV piliečiu nereikia laikyti net tuomet, kai jis laikinai gyvena teritorijoje, kurioje vergovė draudžiama. Šiaurės valstijose toks sprendimas sukėlė milžinišką pasipiktinimą. Kai 1860 metais Abrahamas Lincolnas, tik prieš keletą metų susikūrusios respublikonų partijos kandidatas, buvo išrinktas JAV prezidentu ir pietinės valstijos išstojo iš federacijos, pilietinis karas tapo neišvengiamu. Šiaurės valstijų pergalė išgelbėjo federacijos vienybę, federacinė valdžia, ypač ypatingųjų įgaliojimų suteikimo prezidentui dėka, sustiprėjo, o tai savo ruožtu leido panaikinti vergovę.

II.

Pasibaigus pilietiniam karui, JAV prasidėjo audringos ekonominės plėtros laikotarpis. Amerikos vakarų įsisavinimas nutiesiant geležinkelius, naujų pramonės šakų plėtojimas, šalyje esančių naudingųjų iškasenų gavyba per keletą šimtmečų šaliai padėjo pasiekti milžinišką pažangą. Dėl to tapo būtina akcijų, draudimo, pervežimų, kreditų užtikrinimo, bankų bei biržų teisės reguliuojamiems santykiams sukurti naujas teisinio reguliavimo formas. Šios teisinės formos, žinoma, atspindėjo tuomet vyravusį supratimą, aiškai išdėstytą anglų filosofo Herberto Spencerio darbuose, ypač jo veikale *Social Statics* (1850) apie tai, kokia turi būti socialinė ir ekonominė tvarka. Minėtame kūrinyje teigiama, jog civilizacijos pažangą ir gerovę galima pasiekti tik kuo didesnę laisvę suteikus įmonininko veiklai, jo komercinei rizikai bei asmeninei atsakomybei. Valstybės kišimasis į ekonomiką, siekiant apsaugoti silpnesniuosius, yra laiko-

mas kenksmingu. Tai yra aukos, kurias individas turi atiduoti pažangos bei ekonominio suklestėjimo vardan. Ne tik teisės turinys, bet ir jos išdėstymo formos turi atsižvelgti į įmonininkų poreikius: finansininkai, pramonininkai ir investuotojai buvo suinteresuoti teismų sprendimų stabilumu ir tuo, kad juos būtų galima numatyti iš anksto. Praėjusio šimtmečio pradžioje JAV prasidėjo procesas, koks rutuliojosi ir Vokietijoje – esant analogiškiems ekonominiams ir socialiniams požymiams (teisės mokslo suklestėjimo metu) teisė darėsi vis pastovesnė; teisėjai laikėsi nuomonės, jog pagrindinis jų uždavinys yra sukurti nuolat veikiantį teisinį mechanizmą, kuriuo esamą padėtį būtų galima reguliuoti taip, kaip ir įstatymų normomis. Todėl jie siekė suklasifikuoti teisines pasekmes: priskirti jas prie normų, susiklosčiusių precedentų pagrindu. Teisėjai tikėjo, jog taip sugebės apsisaugoti nuo to laiko politinių bei socialinių konfliktų ir taps amžinų teisingumo idėjų įgyvendintojais.

Didelis ekonomikos pakilimas po pilietinio karo ir naujų bei kompleksinių teisės šakų plėtojimasis lėmė ir svarbius JAV teisinio švietimo pokyčius. Iki to laiko buvo įprasta, jog jauni žmonės reikiamų žinių įgydavo arba anglų *Inns of Court*, arba mokydamiesi pas vieną iš amerikiečių advokatų, kur susipažindavo su teismo proceso eiga bei dokumentų parengimu, iš mokytojo perimdavo profesijos gudrybes ir galbūt skaitydavo Blackstone'o ar Kento komentarus. Jau XVIII a. pabaigoje buvo universitetų, kuriuose vykdavo teisės paskaitos. Story, kuris nuo 1829 metų buvo Harvardo teisės mokyklos profesorius ir kartu Aukščiausiojo Teismo teisėjas (apie tai palyginkime *Kegel*, RabelsZ 43 [1979] 609), jo įtakos dėka labai anksti įsigalėjo supratimas, jog teisinis išsilavinimas – tai būtina pakopa ruošiantis advokato profesijai, o ne vienas iš bendrojo aukštojo išsilavinimo aspektų, kaip buvo Anglijoje. Žinoma, dvylika mėnesių – labai trumpas laikas teisiniam išsilavinimui įgyti. Be to, norint gauti leidimą studijuoti, nebuvo reikalaujama išankstinio pasiruošimo, nebūdavo net egzaminų. Tačiau nuo 1870 metų šioje srityje įvyko esminių pokyčių. Jų iniciatorė buvo Harvardo universiteto Teisės mokykla, vadovaujama dekano Langdellio. Jo pastangų dėka fakultetas buvo smarkiai išplėstas, studijų trukmė pailginta iki trejų metų, įgytų žinių kokybei tikrinti buvo įvesti egzaminai ir laipsniškai studijavimo teisės mokykloje sąlyga tapo – baigti koledžą. Langdellis taip pat yra vadinamojo *case method*, kuris įvairiomis variacijomis dar ir šiandien vyrauja amerikiečių teisininkų mokyme, išradėjas. Šio metodo esmė yra ta, jog studentams teisinės normos yra pateikiamos jau išspręstų bylų pavyzdžiu, o vėliau jos yra aiškinamos bei kritikuojamos šių bylų pavyzdžiu ir lyginant su kitomis normomis. Veikiant JAV teisininkų asociacijai, kuri teisinio išsilavinimo pagerinimu buvo suinteresuota dėl profesinių ir politinių motyvų, pretenzingas Harvardo modelis pamažu paplito ir kitų universitetų Teisės mokyklose. „Mokomosios praktikos" advokato biure svarba vis labiau nyko, o šiandien teisinio išsilavinimo srityje Teisės mokyklos turima monopolinė vieta, kitaip nei Anglijoje, yra nenuginčijama.

Kartu su Teisės mokyklų suklestėjimu pasirodė grupė teisininkų, kurių reikšmė amerikiečių teisei XX a. vis augo: tai *profesoriai*. Jų įtaka paaiškinama esminiu teisinio mąstymo stiliaus pakitimu, kuris savo ruožtu buvo susijęs su amerikiečių visuomenei būdingu socialinių ir etinių principų pasikeitimu. Šie pakitimai labiausiai pasireiškė tuo, jog ekonominio augimo ekstremaliai individualistinės „socialinio darvinizmo" idėjos pamažu silpnėjo, o nuo XX a. pradžios valstybė vis labiau ėmė kontroliuoti bei prižiūrėti ekonominį gyvenimą ir sąmoningai riboti įmonininkų veiklos laisvę tais atvejais, kur tai individui galėtų sukelti neigiamų socialinių padarinių. Jau prieš XIX ir XX a. sandūrą kongresas ėmėsi priemonių prieš pavienius ypač akivaizdžius piktnaudžiavimo sutarčių laisve atvejus – nustatė valstybės kontrolę

geležinkelių bendrovėms ir tam tikslui 1887 metais sukūrė *Interstate Commerce Commission* – pirmąją ekonomikos kontrolės instituciją JAV. 1890 metais įsigaliojo *Shermano* aktas, 1914 metais – *Claytono* aktas. Jų aiškinimas, kurį atliko teismai, federacijos institucijoms suteikė plačius įgaliojimus kliudyti konkurenciją apribojantiems susitarimams ir tokiai praktikai. Aprūpinimas elektra, vandeniu ir dujomis, žiniasklaida, radijas, krovinių pervežimas, jūreivystė bei oro transportas – visa tai JAV, priešingai nei Europoje, dar ir šiandien valdoma privačių asmenų, tačiau kartu vis labiau pajungiama valstybės kontrolei, kuri netrukus neapsiribojo vien užkirsti kelią piktnaudžiavimui, bet rūpinosi ir vartotojų interesais, t.y. paslaugų teikimu už priimtiną kainą. Darbo apsaugos srityje taip pat buvo priimta daug įstatymų. Jais atskirose valstijose ar federacijoje buvo įvestas socialinis draudimas nuo nelaimingų atsitikimų, nustatytas minimalus darbo užmokestis, apribotas vaikų darbas, smarkiai sutrumpinta darbo diena. Taip JAV pakartojo tą kelią, kurį jau prieš daugelį dešimtmečių buvo nuėjusi Bismarcko valdoma Vokietija su savo patriarchaline apdairia socialine įstatymų leidyba.

Amerikos įmonininkai visoms šioms ekonominės bei socialinės politikos priemonėms ryžtingai priešinosi. Iki trečiojo šio amžiaus dešimtmečio daugeliu atvejų jie galėjo tikėtis teisininkų pritarimo. Taip Aukščiausiasis Teismas 1905 metais vieną Niujorko įstatymą, uždraudusį kepėjams nustatyti ilgesnę nei 10 valandų darbo dieną ir ilgesnę nei 60 valandų darbo savaitę, pripažino antikonstituciniu. Daugumos teisėjų nuomone, šis įstatymas apribojo įmonininkų ir darbuotojų laisvę sudaryti darbo sutartis *without due process of law*, t. y. pažeidė 14-ąją Konstitucijos pataisą. Priešingos nuomonės su savo *dissenting opinion* tuomet buvo teisėjas Holmes'as. Nuo daugumos besiskiriančią nuomonę jis išdėstė trumpai: *The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statisc* (plg. *Lochner* v. *State of New York* 198 U. S. 45 [1905] bylą. Dar 1918 metais Aukščiausiasis Teismas negaliojančiu pripažino federacijos įstatymą, kuris esant tam tikroms sąlygoms uždraudė prekių, kurias gaminant dalyvavo jaunesni nei 14 metų vaikai, transportavimą (plg. *Hammer* v. *Dagenhart* 247 U. S 251 [1918]. Netgi pirmuosius *New-Deal* įstatymus, kuriais prezidentas Roosveltas norėjo išvesti šalį iš didelės ketvirtojo dešimtmečio ekonominės krizės, Aukščiausiasis Teismas nedidele teisėjų dauguma blokavo kaip prieštaraujančius konstitucijai. Tuo teismas peržengė savo kompetenciją. Kai 1936 metų rudenį didele balsų persvara prezidento rinkimus pakartotinai laimėjus Rooseveltui tapo aišku, jog dauguma tautos pritaria prezidento įstatymų leidybos planams, jis kongresui pasiūlė projektą įstatymo, suteikiančio prezidentui teisę skirti papildomą Aukščiausiojo Teismo teisėją, jei vienas iš jau einančių pareigas (iki mirties paskirtų) teisėjų sulaukia 70 metų ir neišeina į pensiją. Tuomet iš devynių teisėjų daugiau nei 70 metų turėjo ne mažiau nei šeši. Šį *cowt packingplan* Rooseveltas ugningai gynė savo viešoje kalboje: *We have reached the point as a nation where we must take action to save the Constitucion from the court and the court from itself* (*N. Y. Tymes*, 1937 m. kovo 10 d., p. 1). Ar šis planas būtų sulaukęs kongreso pritarimo, nėra aišku, nes minėto klausimo neprireikė svarstyti, kadangi vienas teisėjas pakeitė savo nuomonę, ir buvusi mažuma tapo dauguma. Dėl šio įvykio pikti liežuviai ne be reikalo juokavo: *A switch in time saved nine.*

Galima įsivaizduoti, jog senieji XIX–XX a. sandūroje vyravę teisinių terminų analizės metodai aprašyto plėtojimosi – ekonominės bei socialinės politikos, grindžiamos įstatymų, įteisinančių valstybės kišimąsi, gausinimu – akivaizdoje pamažu neteko savo reikšmės. Prie to galėjo prisidėti ir Williamo Jameso bei Johno Dewey pragmatizmo filosofija su savo priešišku-

mu visoms formalistinio, dedukcinio ir abstraktaus mąstymo formoms. Ši filosofija 1910–1930 metais vyravo JAV ir, žinoma, negalėjo nepaveikti ir teisininkų. Jau Holmes'as žymiajame savo knygos *The Common Law* (1881) skirsnyje prieštaravo suvokimui, jog „Bendroji teisė yra amžinai galiojantis, aukštesniojo proto, plevenačio virš neramių dabarties vandenų, viešas pareiškimas, kuris dvasiškai abejingo, logikos ir dedukciniu principu besivadovaujančio teisėjo pažinimo aktu sukonkretintų kiekvieną atvejį“:

> The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalnet moral and political theories, instituions of public policy, avowed or unconsious, even the prejudices which judges share with their fellow-men , have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed (ten pat, p. 1).

Dar daugelyje kitų pasisakymų, tarp jų ir teismų sprendimuose, Holmes'as puikiomis formuluotėmis kritikuoja pasenusį mąstymo stilių. Tačiau tik Roscoe'as Poundas šią kritiką išplėtojo į naują baigtinę programą. JAV jis laikomas sociologinės teisės mokyklos pradininku. Poundas ir jo mokiniai teisėje pirmiausia mato fenomeną, kuris yra glaudžiai susijęs su toje visuomenėje vyraujančiais politiniais, ekonominiais bei socialiniais santykiais ir kartu su jais plėtodamasis nuolat kinta. Jo visiškai nedomina *black-letter rules* turinys, lygiai kaip ir loginis analitinis ryšys, kuriame teisės normos pasirodo tam tikra sistema. Priešingai, jie norėjo nustatyti, kokių konkrečių rezultatų socialiniame gyvenime pasiekiama teisės normomis, kai jas kaip *law in action* pritaiko teismai arba vykdomoji valdžia. Todėl Roscoe'o Poundo nuomone, teisė pirmiausia yra socialinių interesų subalansavimo priemonė, o teisėjas, jeigu jis rūpinasi šių interesų sureguliavimu, yra *social engineer*, savo užduotį teisingai galintis įvykdyti tik tada, kai turi tikslių žinių apie gyvenimiškas situacijas, kurias jis nori paveikti savo sprendimu. Tokio žinojimo Roscoe'as Poundas reikalauja ir iš teisės dėstytojų:

> The modern teacher of law should be a student of sociology, economics, and politics as well. He should know not only what the courts decide and the principles by which they decide, but quite as much the circumstances and conditions, social and economic, to which these principles are to be applied ... [and] the state of popular thought and feeling which makes the environment in which the principles must operate in practice. Legal monks who pass their lives in an atmosphere of pure law, from which every worldly and human element is excluded, cannot shape practical principles to be applied to restless world of flesh and blood. The most logical and skillfully reasoned rules may defeat the end of law in their practical administration because not adapted to the environment in which they are to be enforced (*Pound*, The Need of Sociological Jurisprudence, Green Bag 19 [1907] 611-612; cituota pagal *Rumble*, ten pat, p. 13).

„Sociologinės teisės mokyklos“ teoriją ketvirtąjį dešimtmetį toliau plėtojo grupė amerikiečių teisininkų, vadinamųjų „teisinio realizmo“ atstovų, o kai kurių teigimu, net kraštutinių. Minėtos teisininkų grupės, iš kurių žymiausi buvo Karlas N. Llewellynas bei Jerome'as N. Frankas, skeptiškas požiūris į abstrakčiai suformuluotas teisės normas, kadangi jos negalėjo nei apibrėžti, nei (iš anksto) numatyti teisėjo elgesio, smarkiai pranoko Poundą. Jų manymu, teisė turi būti studijuojama ne iš vadovėlių, bet kruopščiai stebint tai, *ką teismai atlieka iš tikrųjų*. Tokią nuomonę išdėstė jau Holmes'as, aforizmais paaiškinęs, jog teisę jis suprantąs

kaip *the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious* (The Path of the Law, Harv. L. Rev. 10 [1897] 457, 460 ir kt.). Jam pritarė ir Llewellynas: teisėjus, teismo tarnautojus ir advokatus jis apibūdino kaip *officials of the Law*, o toliau apibrėžia: *What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself* (The Bramble Bush [1951] 12). Plėtodami šią mintį, „realistai" pagrindiniu savo uždaviniu laikė ieškoti bei analizuoti veiksnius, dėl kurių *law official*, ypač teisėjai, konkrečiu atveju priima tokį ir jokiu būdu ne kitokį sprendimą. Jų išeities taškas buvo įsitikinimas, jog tradicinė teisinė dogmatika daugeliu atvejų bylų sprendimui turi nedaug reikšmės ir paprastai tik pasiūlo medžiagą, su kurios pagalba teisėjas papildomai „racionalizuoja" kitu būdu rastą sprendimą. „Realistų" nuomone, netgi privalomo precedentų laikymosi principas neužtikrina teisės stabilumo ir galėjimo numatyti būsimus teismų sprendimus; apie tai ir kalbama dogmatinėse teorijose, kadangi, kaip bandė parodyti Llewellynas, teisėjai turi daugybę techninių būdų, leidžiančių iš precedentų pašalinti tai, ką jie nori pašalinti. Priešingai, lemiamos reikšmės teismo sprendimui, ir tai yra teisės mokslo tyrinėjimo objektas, turi konkreti socialinė bei ekonominė aplinka, kurioje atsirado nagrinėjamoji byla ir į kurią neatsižvelgia tradicinės, daugiausia bendrai suformuluotos teisės normos. Lemiamos reikšmės turi ir teisėjo simpatijos bei antipatijos, jo moralinės nuostatos ir politinės pažiūros. Pagaliau – pirmos instancijos teismo teisėjo gautų žinių apie faktinių bylos aplinkybių klaidingumo ir iškreiptumo mastas.

Visiškai akivaizdu, jog „sociologinė teisės mokykla" ir „teisinis realizmas" išplėtojo daug idėjų, Prancūzijoje tapusių *École de la libre recherche scientifique*, Vokietijoje – gyvosios teisės mokyklos *(Freirechtsschule)* pagrindu. Šių idėjų dėka dažnai imta reikalauti tirti juridinius faktus ir nustatyti glaudesnius ryšius tarp teisės mokslo ir sociologijos. Kitaip nei Vokietijoje ir Prancūzijoje, Poundo ir „realistų" idėjos JAV sulaukė didžiulio atgarsio visose teisinio gyvenimo sferose: *The attitude towards legal problems, characterized as realistic jurisprudence..., has dominated legal thinking in the United States during the past generation, even to the point of becoming commonplace* (*Yntema*, ten pat, p. 325). Dėl teisinio išsilavinimo. Pakanka netgi paviršutiniškai pažvelgti į šiuolaikines amerikiečių *case books*, kad suprastum, kiek daug dėmesio teisinėse mokymo priemonėse skiriama ne tik teismų sprendimams bei juose suformuluotiems principams, bet ir ekonominėms bylos aplinkybėms, susijusiomis su šia byla medicinos, psichiatrijos bei kriminologijos žiniomis, bei verslo praktikai, tipiniams sutarčių formuliarams. Be to, didelių Teisės mokyklų fakultetams dažnai priklauso politologai, gydytojai, sociologai, kurie ne tik skaito paskaitas, bet kartu su teisininkais atlieka ir mokslinius tyrimus. Daugybė pasikeitimų teismų *praktikoje* gali būti paaiškinti ir nauju teisinio mąstymo stiliumi. Jau 1907 metais Louisas Brandeisas, vėliau tapęs vienu žymiausiu Aukščiausiojo Teismo teisėju, *Muller* v. *Oregon* 208 U. S. 412 (1908) byloje šiam teismui pateikė raštišką pareiškimą, kuriame buvo daug su ginčijamuoju teisiniu klausimu susijusios faktinės ir lyginamosios teisės medžiagos. Tuo metu minėtas pareiškimas sukėlė sensaciją. Nuo to karto tokio pobūdžio pareiškimai JAV vadinami *Brandeis brief.* Jie naudojami ne tik nagrinėjant konstitucinius ginčus, bet ir sprendžiant teisines problemas, kylančias kitų teisės šakų reguliuojamuose visuomeniniuose santykiuose. Tarp amerikiečių teisėjų yra daug tokių, kurių sprendimai priklauso nuo to, ar skeptiškai jie žiūri į dogmas, ar labai paiso gyvenimo sąlygų ir kitų socialinių dalyvaujančiųjų interesų – tai priklauso nuo „sociologinės teisės mokyklos" įtakos. Kaip smarkiai JAV įsigaliojo naujas suvokimas, rodo ir teisininkų veikalai. Vokietijoje diskusijos šiais klausimais vis dar vyksta tik

principų ir pasaulėžiūrų lygmenyje, ir tai rodo jų nebrandumą. JAV jau keletą dešimtmečių sprendžia daug sudėtingesnį klausimą: kaip nustatyti sociologinių tyrimų metodų taikymo teisės problemoms efektyvumą?

Be to, teisės normos analizuojamos remiantis sociologiniu, politologiniu požiūriu, o paskutiniaisiais metais – daugiausia *ekonominiu*. Posnerio knyga *Economic Analysis of Law* (1992) yra pagrindinis šios srities veikalas. Jame autorius kaip pagrindinę idėją iškelia mintį, jog išteklių trūkumas visuomenėje, siekiant maksimaliai pagerinti jos padėtį, verčia juos perduoti tiems individams, kurie šiuos išteklius panaudotų efektyviausiai. To paprastai siekiama mainais, t.y. kiekvienas atiduoda tam tikras prekes, pavyzdžiui, perduoda savo nuosavybės teises arba suteikia paslaugas ir už tai iš savo partnerio reikalauja kitų prekių, kurios jam reikalingesnės nei atiduotosios. Esant tam tikroms sąlygoms, mainų suma tampa „veiksminga", nes visi trūkstami ištekliai rinkos operacijų dėka pasiekia efektyviausią panaudojimą. Taigi tolesni mainai jau nebegali padidinti bendrosios naudos. Remiantis tuo, teisines normas galima tyrinėti pagal tai, ar jos prisideda prie „veiksmingo" nepakankamų išteklių paskirstymo arba, kitaip tariant, ar jos sukuria sąlygas, garantuojančias, jog individo veiksmai, kuriais jis siekia asmeninės naudos, atneša ir socialinės naudos. Tai galima parodyti pavyzdžiu iš deliktinės teisės: teismai „nerūpestingu" elgesiu (todėl už jį ir reikia atsakyti) laiko tokį, kai kaltininkas žalai išvengti nesiėmė priemonių, kurių vertė būtų buvusi mažesnė nei išlaidos dėl atsiradusių nuostolių. Arba: ar pasinaudojimas išlyga dėl atsakomybės išvengimo gali būti pažeidžiantis „sąžiningumo ir teisingumo" principą, „netinkamas" arba „neteisingas" ir todėl teismų nepripažįstamas, priklauso nuo to, ar ši išlyga atleidžia nuo rizikos tą sutarties šalį, kuri jos galėjo išvengti su mažesniais nuostoliais nei kita, o jei šios rizikos išvengti neįmanoma arba tai yra labai nuostolinga, – apsidrausti nuo jos su mažesniais nuostoliais nei kita šalis. JAV žymiausiuose teisės fakultetuose „ekonominiam teisės analizės" metodui studijuoti sukurtos tam tikros katedros. Šis metodas naudojamas įvairiose teisės šakose, o specialiuose žurnaluose dėl jo vyksta diskusijos, svarstomos jo taikymo bei tolesnio plėtojimo problemos. Tačiau nėra jokios abejonės, jog minėto metodo efektyvumas nėra beribis. Akivaizdu ir tai, jog vykdant teisinę politiką jis padeda įžvelgti keliamų tikslų konfliktiškumą, taigi ir nustatyti jų prioritetus, remiantis blaiviu situacijos vertinimu, gautu išanalizavus santykio tarp tikslo ir priemonių bei tarp naudos ir sąnaudų efektyvumą.

III.

Yra tvirtinama, jog Jungtinės Amerikos Valstijos turi *perhaps the most complicated legal structure that has ever been devised and made effective in man's effort to govern himself* (*Griswold*, p. 3). Šį pasakymą galbūt bus galima lengviau suprasti, jeigu įsivaizduosime problemas, kurios Amerikai iškyla dėl sudėtingo federacijos ir kai kurių valstijų teisės santykio, o tai savo ruožtu lėmė dviejų teismų sistemų – federacijos ir atskirų valstijų – egzistavimą.

JAV konstitucija federacijai įstatymų leidžiamąją kompetenciją suteikia tik tam tikrose, aiškiai nustatytose srityse. Be valiutinės, pinigų sistemos bei monetų kalybos, teisės imti mokesčius bei muitus, santykių su užsieniu bei šalies gynybos federacijos kompetencija įstatymų leidyboje apima šiuos klausimus: pilietybės, verslo teisinės apsaugos bei autorių teisių, bankroto, jūrų teisės ir galiausiai – prekybos su užsieniu ir tarp atskirų valstijų reguliavimą. Iš to išplaukia, jog visa civilinė teisė ir likusieji prekybos teisės reguliuojami santykiai priklauso

50 valstijų kompetencijai. Esant tokiai situacijai reiktų klausti, ar galima apie „amerikiečių" teisę kalbėti ta pačia prasme, kaip ir apie Vokietijos ar Anglijos teisę, o jei galima – su kokiais apribojimais.

Apie įstatymų leidžiamosios kompetencijos paskirstymą tarp federacijos ir valstijų reiktų pasakyti, jog Aukščiausiasis Teismas Konstituciją nuolat aiškina taip, kad atskirų valstijų teisės skirtumai nėra rimta kliūtis didelės, ekonomiškai integruotos valstybės vidaus rinkos plėtojimuisi. Taip Konstitucijos 8 str. 1 d. numato, jog federacija be jai aiškiai priskirtos kompetencijos turi teisę priimti ir įstatymus, kurie yra *necessary and proper* nurodytos kompetencijos efektyvumui padidinti. Šią normą-principą, pirmininkaujant teisėjui Marshallui, kuris kartu buvo ir vienas žymiausių Amerikos valstybės veikėjų, Aukščiausiajame Teisme dar 1819 metais panaudojo *implied powers* teorijos, suteikiančios labai plačią dirvą federacijos veiklai įstatymų leidybos srityje, išplėtojimui; *McCulloch* v. *Maryland*, 4 Wheat 316 (1819). Tačiau pagrindine federacijos kompetencijos išplėtimo (ir atitinkamai valstijų kompetencijos apribojimo) priemone tapo *commerce clause*. Tai konstitucijos norma, suteikianti federacijai teisę priimti įstatymus, reguliuojančius prekybos santykius tarp valstijų. Laipsniškas šios normos-principo taikymo sferos plėtimasis pagal nuolat besiplečiančios ekonomikos poreikius yra vienas žavingiausių JAV konstitucinės teisės plėtojimosi skyrių. Dar ir šiandien federacijai draudžiama savo įstatymais reguliuoti ekonominius santykius, susijusius su *intrastate commerce*, t.y. tuos, kurie vyksta tik vienos valstijos ribose. Tačiau sprendimuose, kuriais Aukščiausiasis Teismas realizavo Niu Delio įstatymų leidybą, šio principo prasmė buvo taip smarkiai iškreipta, jog leidžiant ekonominius santykius reguliuojančius įstatymus jis šiandien neberiboja federacijos kompetencijos, jeigu federacijos mastu vieningo reguliavimo *in casu* reikalauja protingas suinteresuotumas.

Pagrindinėje privatinės teisės reguliuojamų santykių dalyje atskirų valstijų kompetencija šiuo metu, kaip ir anksčiau, nėra apribota. Šis faktas reiškia ne tik tai, kad kiekviena iš 50 valstijų šeimos, paveldėjimo, sutarčių, deliktinėje, žemės, įmonių, draudimo bei vertybinių popierių teisėje gali leisti ir leidžia savo įstatymus, bet ir tai, kad jose teisėjų kuriama teisė labai dažnai plėtojasi skirtingai. Taigi JAV galima apibūdinti kaip milžinišką teisinių ir politinių eksperimentų lauką, kuriame kiekviena valstija patiria savo įstatymų leidybos ir teismų praktikos plėtojimosi rezultatus ir iš to kaupia patirtį, dalijasi informacija apie teismų praktiką, kuri sukelia teisinius ir politinius ginčus, ir kitoms valstijoms gali būti arba geras, arba bauginantis pavyzdys.

Be atskirų valstijų egoizmo, kartais dėl akivaizdžių motyvų galinčio lemti didelius teisinius skirtumus, kaip pavyzdį galima pateikti plačią Nevados valstijos ištuokų teisę bei Delavero valstijos akcijų teisę – yra šiose valstijose institucijų, kuriose stengiamasi teisę unifikuoti arba akcentuoti esamus panašumus. Pirmiausia čia paminėtinos amerikiečių Teisės mokyklos. Jų yra kiekvienoje valstijoje ir, jei nepriklauso privačiam universitetui, jos yra finansuojamos iš valstijos, kurios teritorijoje yra, biudžeto. Tačiau šios Teisės mokyklos neapsiriboja studentų supažindinimu vien su Niujorko ar Mičigano teise. Atvirkščiai, minėtose mokyklose, kuriose studijuoja iš įvairių šalies vietovių atvykę studentai, dėstoma tikrovėje niekur negaliojanti *bendroji amerikiečių* teisė. Nuo studentų neslepiami ir įdomūs vienos ar kitos valstijos ypatingi sprendimai. Studentai su jais susipažįsta per paskaitas arba skaitydami *case books*. Šie sprendimai pateikiami kaip vietiniai variantai vieningos temos kontekste, kad studentas žinotų, jog yra ir kitokių normų, kurias pritaikius gaunamas toks pat rezultatas, tačiau jos

yra kitaip dogmatiškai išreikštos. Todėl amerikiečių teisiniam išsilavinimui lyginamosios teisės kritinis metodas nuo pat pradžių yra labai svarbus; kartu jaunasis amerikiečių teisininkas teisę priima kaip kažką labai vieningą, kaip patyrimą, kuris, be abejo, priešinasi mažų valstijų, iš kurių vienoje jis vėliau užsiims praktine veikla, politiniam susiskaldymui.

Kad visai amerikiečių privatinei teisei, nepaisant jos vietinių variantų, egzistuoja vieningas pagrindas, rodo tai, jog jau seniai visa tai pavyko išdėstyti vadinamuosiuose sąvaduose *(Restatements)*. Amerikiečių advokatų sąjunga, teisėjai bei teisės dėstytojai 1923 metais sukūrė *American Law Institute*, kurio užduotis – apžvelgti tai, kas neįmanoma, o dėl didėjančio precedentų srauto vis sunkiau suprantamą teisę išdėstyti susisteminta sąvado forma. Tam buvo pasirinkta tokia procedūra: kiekvienai teisės šakai buvo paskirtas „reporteris" – vadovaujantysis mokslininkas. Jis turėjo įvertinti visus esamus precedentus, jų pagrindu parengti bendras normas ir kartu su patarėjų grupe, sudaryta iš patyrusių advokatų, teisėjų bei dėstytojų, suformuluoti tekstą, kuriam prieš jį paskelbiant kaip sąvadą, turėjo pritarti speciali Amerikos teisės instituto *(American Law Institute)* komisija. Beje, autoriai teisę turėjo išdėstyti *tuo metu galiojančia forma* – negalėjo jos nei pagerinti, nei modernizuoti. Tais atvejais, kai atskirų valstijų normos prieštaravo viena kitai, pirmenybė buvo suteikiama tam sprendimui, kuris autoriams atrodė pažangesnis, net jei jis galiojo mažumoje valstijų. Veikiant tokiu būdu *Restatements*, išskyrus šeimos bei paveldėjimo teisę, buvo išdėstyti visi svarbiausi nekodifikuotos amerikiečių privatinės teisės institutai: bendroji sutarčių teisė, deliktinė teisė, *trust* teisė, kolizijų teisė. Beje, kai kurie iš jų naujos formos. Savo sistemine struktūra bei abstrakčiu normų turiniu sąvadai yra panašūs į kontinentinės teisės kodeksus. Daugeliu atvejų kontinentinės Europos teisinininkas jų dėka nesunkiai gali susipažinti su amerikiečių privatinės teisės normomis. Tačiau reiktų perspėti dėl pernelyg nekritinio vartojimo. Ar tam tikra norma galioja konkrečioje valstijoje, galima sužinoti tik susipažinus su tos valstijos teismų praktika. Jeigu ta problema toje valstijoje dar nėra išspręsta arba jeigu sprendimas kelia abejonių, tokiais atvejais amerikiečių teisėjas paprastai pasitelkia sąvadą. Tačiau *paprastai* jo autoritetas nėra didesnis nei pagrindinių precedentų rinkinio, o tai bendrosios teisės šalyje vis dar nedaug ką reiškia.

Jau XIX a. pabaigoje JAV buvo suvokta, jog būtų gerai, jei visose valstijose tam tikros gyvenimo sferos būtų reguliuotos vienodo turinio įstatymais. Todėl JAV teisininkų draugijos iniciatyva buvo sukurta *Nacional Conference of Commissioners on Uniform State Laws,* nacionalinė komisija, į kurią visos valstijos sutiko laipsniškai siųsti po tris arba penkis savo atstovus. Šiai komisijai buvo pavesta tais klausimais, kuriuos unifikuoti visos federacijos mastu yra ypač aktualu, parengti vieningus įstatymus ir atskirų valstijų įstatymų leidžiamiesiems organams pasiūlyti juos priimti kuo mažiau pakeistus. Iki pirmojo savo susirinkimo 1892 metais minėta komisija parengė daugybę unifikuotų įstatymų, kuriais buvo sureguliuoti ne tik siauri specialūs klausimai, bet ir atskiri privatinės teisės institutai, pavyzdžiui, vekselių ir čekių teisė. Daugelis taip parengtų vieningų įstatymų buvo priimti visose valstijose, kiti – tik kai kuriose iš jų. Apskritai paėmus, konferencijos veikla valstijų teisės unifikavimo procesą smarkiai pastūmėjo į priekį, ypač prekybos teisės reguliuojamoje sferoje, kurioje vieningų normų poreikis yra akivaizdus.

Iki šiol svarbiausias ir sėkmingiausias šios konferencijos darbas yra Vieningo komercinio kodekso parengimas, kurį ruošiant dalyvavo ir Amerikos teisės institutas. 1940 metais konferencija priėmė sprendimą – jau parengtus vieningus prekybos įstatymus, iš kurių, pavyzdžiui, vekselių bei čekių įstatymai buvo priimti visose valstijose, o pirkimo ir pardavimo įstatymas – daugelyje, iš esmės

peržiūrėti ir sujungti į prekybos kodeksą. Šiam darbui vadovavo Llewellynas; jis sukūrė kodekso stuktūrą, apimtį ir metodiką. 1952 metais pirmasis jo projektas buvo pateiktas įvertinti šimtams verslininkų, makleriu, bankininkų, pervežėjų bei asmenų, užsiimančių prekių, krovinių sandėliavimu. Į jų kritiką buvo atsižvelgta ir 1956 metais pasirodė galutinis minėto kodekso variantas; jis buvo priimtas visose valstijose, iš esmės netgi ir Luizianoje. Kodekso teksto pakeitimai, kurie kai kurioms valstijoms atrodė esą būtini, buvo nežymūs. Taip šiandien Jungtinėse Amerikos Valstijose pirkimą ir pardavimą, vekselių bei čekių apyvartą, sandėlių dokumentaciją, konosamentus, akredityvus, skolinius pasižadėjimus, inkasinius dokumentus ir ypač svarbią kreditų užtikrinimo sritį, išskyrus hipoteką, iš esmės reguliuoja vienodos normos.

Visa tai liudija, kad Amerikoje federacijos ir valstijų teisės tarpusavio santykis paprastai yra labai painus. Todėl reiktų vadovautis pagrindine taisykle, pagal kurią ekonomikos kontrolės teisė yra federacijos teisė, nors čia valstijos dažnai veikia kartu su federacija arba, pavyzdžiui, draudimo kontrolės reguliavimo sferoje – *vietoj* federacijos. Svarbius prekybos teisės reguliuojamus santykius, ypač prekių pirkimo ir pardavimo bei su jais susijusius mokėjimo ir draudimo santykius, reguliuoja valstijų teisė, kuri įvedus Vieningą komercinį kodeksą iš esmės visur yra vienodo turinio. Kiti prekybos teisės institutai, pavyzdžiui, įmonių teisė (išskyrus sandorius, susijusius su akcijom, bei biržų operacijos, kurias kontroliuoja federacija) ir draudimo sutarčių teisė remiasi atskirų valstijų įstatymais, kurie dar ir šiandien paprastai smarkiai skiriasi. Tačiau bankroto teisė, jūrų teisei priklausančių santykių reguliavimas bei verslo teisinė apsauga pagal konstituciją priklauso išimtinei federacijos kompetencijai. Bendrajai sutarčių teisei, deliktinei, žemės, šeimos bei paveldėjimo teisei priklausančių santykių reguliavimas priklauso atskirų valstijų kompetencijai. Tiesa, minėtų santykių reguliavimas, kiek tai susiję su pagrindinėmis sąvokomis, metodais bei siūlomais sprendimais, yra labai panašus, tačiau atskirų klausimų reguliavimas yra labai skirtingas. Todėl labai svarbu žinoti, kurios valstijos teisę reikia taikyti tais atvejais, kai jie yra susiję su keliomis valstijomis. Tai yra nustatoma pasitelkus (daugiausia nerašytines) atskirų valstijų kolizines teisės normas, kurios priklauso valstijų teisei ir todėl, su tam tikrais minimaliais standartais, kurių aptinkama skaitant federacijos Konstituciją, kiekvienoje valstijoje gali būti labai skirtingos.

Padėtį Jungtinėse Valstijose dar labiau komplikuoja tai, jog visiškai išplėtotą teismų sistemą turi ne tik valstijos, bet ir federacija. Kalbant apie *federacinius teismus*, reikia pasakyti, jog pagal JAV Konstitucijos 1 straipsnio III dalį teisminę valdžią federacijos mastu vykdo Aukščiausiasis Teismas ir *such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish*. Teise sukurti žemesnių instancijų teismus kongresas pasinaudojo 1789 metais, išleidęs vieną pirmųjų savo įstatymų, pagal kurį kaip pirmosios instancijos teismai buvo įkurti apygardų teismai, o kaip apeliacinės instancijos teismai – apeliaciniai teismai. JAV iš viso yra apie 100 apygardų teismų, o kai kuriose – tik vienas apygardos teismas. Daugiau gyventojų turinčių valstijų teritorija yra padalijama iki keturių apygardų, iš kurių kiekvienoje yra apygardos teismas. Be to, kai kurioms apygardoms priskirta daugiau teisėjų. Iš viso yra apie 650 apygardos teisėjų *(District Judges)*; šiuose teismuose bylas paprastai nagrinėja vienas teisėjas. Apygardų teismai sprendimus apeliacine tvarka gali nagrinėti 12 apeliacinių teismų, kurių teismo apygarda apima keletą valstijų ir Kolumbijos apygardą. Šiuose apeliaciniuose teismuose iš viso dirba apie 170 teisėjų, bylas nagrinėjančių trise. Pagaliau aukščiausia federacijos teisminė instancija yra Vašingtone esantis Aukščiausiasis Teismas, kurį sudaro 9 teisėjai.

Kad Aukščiausiojo Teismo prisiimto darbo našta neperžengtų sveiko proto ribų, 1925 metų įstatymu teisėjams buvo suteikta galimybė savo nuožiūra nuspręsti, kokios bylos yra tokios svarbios, jog jose priimto ir apskųsto sprendimo nagrinėjimas turėtų priklausyti šalies Aukščiausiajam Teismui. Praktikoje tapo įprasta, jog Aukščiausiasis Teismas bylą priima nagrinėti, o kalbant teisminių procedūrų technine kalba – duoda *certioriari*, jeigu susipažinus su visa byla bent keturi iš devynių teisėjų pasisako už tai. Bylos nepriėmus nagrinėti, teismas tokio sprendimo nemotyvuoja. Tik retkarčiais atsitinka taip, jog kitokią nuomonę turėjęs teisėjas keletu sakinių išdėsto, kodėl jis bylą būtų mielai nagrinėjęs. Net jeigu *certioriari* yra duotas, tai dar nereiškia, jog įvyks žodinis tos bylos nagrinėjimas. Atvirkščiai, teismas, vien remdamasis pateiktais rašytiniais pareiškimais priimdamas sprendimą *per curiam*, kuris paprastai yra priimamas vienbalsiai ir arba visai nėra motyvuojamas, arba jame yra išdėstomi tik labai menki motyvai, apskųstą sprendimą gali panaikinti arba palikti galioti. Tačiau yra grupė bylų, kurių atveju šalys turi *teisę* reikalauti, kad Aukščiausiasis Teismas priimtų sprendimą. Tai tie atvejai, kai, pvz., kurios nors *valstijos Aukščiausiasis Teismas* apskųstame sprendime valstijos įstatymą pripažino neprieštaraujančiu konstitucijai, kai, pareiškėjo nuomone, jis yra *antikonstitucinis* arba kai toks teismas *antikonstituciniu* paskelbė federacijos įstatymą arba kai *federacinis teismas* byloje, kurioje viena iš šalių yra JAV, federacijos įstatymą pripažįsta antikonstituciniu. Visais minėtais atvejais Aukščiausiasis Teismas turi priimti sprendimą. Tačiau pastarajam teismui niekas nekliudo be žodinio bylos nagrinėjimo sumarine tvarka patvirtinti apskųstąjį sprendimą, jei jis mano, jog tas atvejis nėra susijęs su kokiu nors federacijos teisei principinę reikšmę turinčiu klausimu.

Atskirų *valstijų* teismų sistemos yra tokios skirtingos, jog beveik negalima daryti apibendrinimų. Smulkias civilines bei baudžiamąsias bylas kaimiškose vietovėse nagrinėja taikos teisėjai, kuriems teisėjavimas yra tik antraeilis darbas ir kurie beveik niekada neturi teisinio išsilavinimo, o jų nagrinėjamų bylų procesas yra labai supaprastintas. Dideliuose miestuose žemiausioje pakopoje yra vadinamieji municipaliniai teismai, kuriuose dirba kvalifikuoti teisėjai. Šie teismai veikia kaip, pvz., *Traffic Courts*, nagrinėjantys bylas dėl nusikaltimų, susijusių su eismo saugumu, arba kaip smulkių civilinių bylų nagrinėjimui susikoncentravę *Small Claim Courts*. Didesnės reikšmės civilines bei baudžiamąsias bylas pirmąja instancija nagrinėja teismai, daugelyje valstijų vadinami *County Court*, kitose – *District Court*, o Niujorko – netgi *Supreme Court*. Pastaruosiuose teismuose, laikantis visų procesinių normų, bylas nagrinėja vienas teisėjas. Be to, numatytais atvejais dalyvauja ir prisiekusieji. Šių teismų sprendimai dažniausiai iš karto yra apskundžiami atitinkamos valstijos Aukščiausiajam Teismui. Tik maždaug 15 valstijų, turinčių ypač didelį gyventojų skaičių, dar yra tarpinė instancija. Taigi šiose valstijose egzistuoja trijų pakopų teismų sistema.

Amerikoje daugumą civilinių bylų nagrinėja *valstijų* teismai. Federacijos kompetencija yra apibrėžiama tam tikromis sąlygomis, kurių daugumą numato federacijos konstitucija. Be kitų atvejų, federaciniai teismai gali nagrinėti tokias bylas, kuriose viena iš šalių yra JAV, bei tokias, kuriose ieškinys yra grindžiamas tam tikra federacijos teisės norma *(federal question jurisdiction)*. Be to, federacijos teismų kompetencijai priklauso ir tokių bylų nagrinėjimas, dėl kurių yra baiminamasi, jog valstijų teismai nepasielgs visiškai teisingai su tomis proceso šalimis, kurių gyvenamoji vieta yra kitoje valstijose nei bylą nagrinėjantis teismas. Todėl federacijos konstitucija numato, jog federaciniai teismai kompetentingi nagrinėti ir tokias bylas, kurių šalys yra skirtingų valstijų piliečiai, t.y. kai jų gyvenamoji vieta yra skirtingose valsti-

jose *(diversity of citizenship jurisdiction);* beje, tokiose bylose ieškinio kaina turi viršyti 50 000 dolerių, kaip to reikalauja federacinės nuostatos. Reiktų pridurti, jog juridinis asmuo laikomas tos valstijos nariu, kurioje jis yra įsteigtas. Jei juridinio asmens pagrindinės veiklos vieta skiriasi nuo jo įsteigimo vietos, jis yra laikomas ir šios valstijos nariu.

Iš normų, nustatančių federacinių teismų kompetenciją skirtingose valstijose gyvenančių piliečių bylose, išplaukia, kad, pavyzdžiui, Kalifornijoje esantis federacinis teismas gali nagrinėti teksasiečio ieškinį, kuriuo yra reikalaujama, kad Kalifornijos atsakovas atlygintų neteisėtais veiksmais jam padarytą žalą. Žinoma, šiuo atveju iš karto kyla klausimas: kurios valstijos – Kalifornijos ar Teksaso, o gal *federacijos*, deliktinę teisę turi taikyti federacinis teismas? Nuo to laiko, kai Aukščiausiasis Teismas *Swift* v. *Tyson* 16, Pet. 1 (1942) byloje priėmė sprendimą, beveik šimtą metų buvo manoma, kad tose teisės šakose, kuriose lemiamą vaidmenį atlieka teisėjų kuriama teisė, kaip šiuo atveju deliktinėje teisėje, teismai neprivalo vadovautis tam tikros valstijos precedentine teise, o turi taikyti *federacinės teisės* normas, kurias jie patys savarankiškai ir plėtoja. Priimant tokį sprendimą buvo tikima, jog taip federacinių teismų praktikoje laipsniškai galės plėtotis federacinė bendroji teisė, kurią perims valstijų teismai, ir tai taps pagrindu vieningai amerikiečų teisei formuotis. Tačiau minėta viltis nepasitvirtino. Tolesnė raida parodė, jog valstijų teismai anaiptol neseka federacinių teismų praktika ir dažnai sukuria gana skirtingas savas normas. Tuo proceso šalims buvo suteikta puiki proga pasinaudoti įvairiomis machinacijomis, kreiptis arba į federacijos, arba į tam tikros valstijos teismą priklausomai nuo to, kuri precedentinė teisė – federacijos ar valstijos – ginčą tarp šalių reguliuoja palankiau. Tokia netvarka nulėmė tai, jog Aukščiausiasis Teismas *Erie Railrood Co* v. *Tompkins* (304, U. S. (1938) byloje panaikino ankstesnįjį sprendimą ir nutarė, kad, jeigu byla neturi būti sprendžiama pagal federacijos įstatymus, federaciniai teismai iš esmės privalo vadovautis (rašytine ar nerašytine) teise tos *valstijos*, kurioje jie yra. Tai galioja ir kolizinės teisės atžvilgiu: mūsų minėtu atveju, kuri deliktinė teisė – Kalifornijos ar Teksaso – yra taikytina, federacinis teismas sprendžia vadovaudamasis tos *valstijos*, kurios teritorijoje jis yra, kolizine teise. Taigi šiuo atveju pagal Kalifornijos (ne pagal federacijos) kolizinę teisę.

18. REIKIAMOS TEISĖS NORMOS PARINKIMAS IR PROCESAS. BENDROJI IR KONTINENTINĖ TEISĖ

Amos, The Interpretation of Statutes, Camb.L.J. 5 (1933/35) 163; *Atiyah/Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law, A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions (1987); *Bennion*, On Statute Law (1990); *Bridge*, National Legal Tradition and Community Law: Legislative Drafting and Judicial Interpretation in England and the European Community, J. Common Market Stud. 1981, 351; *Cappelletti*, The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law; A Fundamental Difference – Or no Difference At All? Festschrift Zweigert (1981) 381; *Cardozo*, The Nature of the Judicial Process (1921); *Cooper*, The Common Law and the Civil Law – A Scot's View, Harv.L.Rev. 63 (1950) 468; *Cross/Bell/Engle*, Statutory Interpretation (1987); *Dainow* (Leidėjas), The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions (1974); *to paties autoriaus*, The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison, Am.J.Comp. L. 15 (1967) 419; *Dale*, Legislative Drafting, A New Approach (1977); *Dawson*, The Oracles of the Law (1968); *Dickerson*, The Interpretation and Application of Statutes (1975); *Fran-*

kel, Partisan Justice (1978); *Goodhart*, Precedent in English and Continental Law, L.Q.Rev. 50 (1934) 40; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1964); *Fikentscher*, Methoden des Rechts IV (1977) 269; *to paties autoriaus*, Die Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht (code law and case law), ZfRV 1980, 161; *Frankfurter*, Some Recflections on the Reading of Statutes, Colum.L.Rev. 47 (1947) 527; *Friedmann*, A Re-Examination of the Relations Between English, American and Continental Jurisprudence, Can. B.Rev. 20 (1942) 175; *Herman*, Quot iudices tot sententiae; A Study of the English Reaction to Continental Interpretive Techniques, J.Soc.Pub.T. of Law 1981, 165; *Kötz*, Zur Funktionsleitung zwischen Richter und Anwalt im deutschen und englischen Zivilprozess, Festschrift Zajtay (1982) 277; *to paties autoriaus*, The Role of the Judge in the Court Room, The Common Law and Civil Law Compared, J.S.Afr.L. 1987, 35; *Jacob*, The Fabric of English Civil Justice (Hamlyn Lecture, 1987); *Jones*, Should Judges Be Politicians?: The English Experience, Ind.L.J. 57 (1982) 211; *Lawson*, The Art of Drafting Statutes, Festschrift Zweigert (1981) 879; *Levitsky*, The Europeanization of the British Legal Style, Am.J.Comp.L. 42 (1994) 347; *Llewellyn*, The Bramble Bush (1930); *Marsh*, Interpretation in a National and International Context (1974); *Lücke*, The Common Law: Judicial Impartiality and Judge-Made Law, L.Q.Rev. 98 (1982) 29; *von Mehren*, The Significance for Procedural Practice and Theory of the Concentrated Trial: Comparative Remarks, Festschrift Coing (1982) 361; *Pound*, What is the Common Law?, veikale: The Future of the Common Law (1937) 3; *to paties autoriaus*, The Spirit of the Common Law (1921); *to paties autoriaus*, Common Law and Legislation, Harv.L.Rev. 21 (1908) 383; *Rabel*, Civil Law and Common Law, La.L.Rev. 10 (1949/50) 431; atspausdinta: Rabel, Rinktiniai straipsniai III (Leidėjas: Leser, 1967) 312; *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts (1947); *Radin*, A Short Way with Satutes, Harv.L.Rev. 56 (1942) 388; *Rheinstein*, The Common Law and the Civil Law: An Elementary Comparison, Rev.jur.Univ.Puerto Rico 22 (1952/53) 90; *Rudden*, Courts and Codes in England, France and Soviet Russia, Tul.L.Rev. 48 (1974) 1010; *Sauveplanne*, Codified and Judge Made Law, The Role of Courts and Legislators in Civil and Common Law Systems (1982); *Schmitthoff*, Der Zivilprozess als Schlüssel zum englischen Rechtsdenken, JZ 1972, 38; to paties autoriaus, Systemdenken und Fallrecht in der Entwicklung des englischen Privatrechts, JZ 1967; 1; *to paties autoriaus*, Non stamus decisis, Fetschrift Coing (1982) 469; *Zander*, The Law-Making Prozess (1994); *to paties autoriaus*, A Matter of Justice, The Legal System in Ferment (1989).

I.

Būtų gerai, jei prieš pradėdami lyginti reikiamos teisės normos parinkimo metodus bendrosios ir kontinentinės teisės sistemose, dar kartą prisimintume, kokiomis skirtingomis politinėmis, socialinėmis bei intelektinėmis sąlygomis Anglijoje ir kontinentinėje Europoje plėtojosi teisės, o kartu ir reikiamos teisės normos parinkimo stilius bei metodai. Kaip minėjome, jau ankstyvaisiais viduramžiais anglų karaliams teisingumo vykdymo procesą pavyko sukoncentruoti keliuose Londono teismuose ir taip sudaryti galimybę susikurti vietiniais šaltiniais besiremiančiai, visoje šalyje vieningai galiojančiai bendrajai teisei. Aplink minėtus centrinius teismus susikūrė gerai organizuota įtakingų teisininkų praktikų gildija, kuri pati rinkosi naujus narius, juos mokė, o vėliau leisdavo jiems užsiimti profesine veikla. Minėta teisininkų praktikų gildija pasiekė, kad teisėjais galėtų būti skiriami tik šios gildijos nariai. Kitaip buvo Vokietijoje. Jos viduramžių istorija – tai vis silpnėjančios imperijos istorija. Dėl šio silpnėjimo

nesusikūrė centriniai teismai bei valdymo institucijos, nesusiformavo „imperijos teisininkų luomas" ir tai prisidėjo prie to, jog vietinė teisė menkai pasipriešino romėnų teisės veržimuisi (plg. 10 str. II). Romėnų teisė į „sceną" įžengė kaip „mokslininkų" teisė, kurią iš naujo atrado Pietų Italijos universitetų profesoriai, o vėliau ir kiti profesoriai, remdamiesi scholastikos metodais bei humanizmu; ją puoselėjo ir plėtojo. Šią teisę studijuoti buvo galima tik klausantis profesorių, t.y. lankant universitetą. Todėl po romėnų teisės recepcijos Vokietijos teisė buvo *akademinio teorinio*, o ne (kaip Anglijoje) teisminio empirinio pobūdžio. Ją geriau išmanė *universitetų dėstytojai*, o ne *juristai praktikai* ir ją greičiau galima buvo rasti vadovėliuose, o ne teismų sprendimų rinkiniuose. Jau tuomet Vokietijoje buvo padėti pagrindai tam, kad, kaip yra iki šių dienų, teisingumą vykdytų valstybės biurokratija, o teisėjai būtų valstybinio valdymo personalo dalis. Po romėnų teisės recepcijos Vokietijoje įsikūrę romėnų teisę gerai išmanantys teisininkai įsidarbino daugiausia gausių kunigaikštysčių administracinėse struktūrose ir užėmė nuo vietinių kunigaikščių priklausomas patarėjų pareigas. Dėl šios priežasties jie negalėjo susiburti cechiniu ar gildijiniu pagrindu, ir tai jiems užkirto kelią tapti savarankiška, visuomenei įtaką darančia jėga. Net kai XVIII a. teisingumas išsivadavo iš visuotinės vidaus administracijos globos, jis vis dėlto išlaikė savo administracinį pobūdį, kadangi beveik visur buvo panaikinta tvarka, pagal kurią skundus, dalyvaujant prisiekusiesiems, nagrinėjo liaudies teisėjai. Šią tvarką pakeitė teismo procesas, orientuotas į romėniškąjį - kanoninį procesą, kuris buvo rašytinis ir daugiausia slaptas, vadinasi, valdiško pobūdžio. Prancūzijoje revoliucija panaikino *ancien régime „noblese de robe"* ir todėl XIX a. ne tik absoliutinės Prūsijos bei Austrijos, bet ir Prancūzijos imperijos restauracijos laikotarpio teisėjas jautėsi esąs „valstybės tarnas" teisingumo biurokratijos, kuri jį skyrė, kėlė tarnyboje, mokėjo atlyginimą, apdovanodavo bei išleisdavo į pensiją, anoniminis narys, kaip taikytojas kodekso, kurio tikslas – visaapimantis ir galutinis reguliavimas bei kuo mažesnių galimybių palikimas teisėjo nuožiūrai, kaip to reikalavo pernelyg doktrinieriška valdžių padalijimo teorija. Be to, minėtas kodeksas formalių kvalifikavimo aktų dėka pretendavo tapti visų gyvenimo problemų išsprendimo įrankiu.

Taigi politinių idėjų ir institutų raida Vakarų Europos kontinente vyko kitu keliu nei Anglijoje ir dėl to smarkiai skyrėsi teisėjo padėtis, advokatų vaidmuo, teisinio išsilavinimo formos bei proceso eiga, todėl nereikėtų stebėtis, jog esant tokioms sąlygoms reikiamos teisės normos parinkimo ir viso teisės taikymo proceso technikos bei viso teisinio mąstymo raida pasuko skirtingais keliais. Roscoe'as Poundas taip aprašė minėtą skirtumą:

> Behind the characteristic doctrines and ideas and technique of the common-law lawyer there is a significant frame of mind. It is a frame of mind which habitually looks at things in the concrete, not in the abstract; which puts its faith in experience rather than in abstractions. It is a frame of mind which prefers to go forward cautiously on the basis of experience from this case or that case to the next case, as justice in each case seems to require, instead of seeking to refer everything back to supposed universals. It is a frame of mind which is not ambitious to deduce the decision for the case in hand from a proposition formulated universally ... It is the frame of mind behind the sure-footed Anglo-Saxon habit of dealing with things as they arise instead of anticipating them by abstract universal formulas (What Is the Common Law? aaO 18 ir kt. psl.). – Panašiai ir *Cooper*, p. 470 bei kt., kuris, būdamas aukštas Škotijos teisėjas, puikiai išmano tiek *Common Law* (bendrąją teisę), tiek *Civil Law* (kontinentinę teisę): „A civilian system differs from a common law

system much as rationalism differs from empiricism or deduction from induction. The civilian naturally reasons from principles to instances, the common lawyer from instances to principles. The civilian puts his faith in syllogisms, the common lawyer in precedents; the first silently asking himself as each new problem arises, „What should we do this time?" and the second asking aloud in the same situation „What did we do last time?" ... The instinct of the civilian is to systematize. The working rule of the common lawyer is *solvitur ambulando*".

Tačiau į tai, kas pasakyta, reikia žiūrėti gana atsargiai. Neabejotina, jog teisinio mąstymo stiliai bendrosios teisės šalyse ir kontinentinėje Europoje yra skirtingi. Tačiau būtų klaidinga dėl to teigti, jog tarp indukcinio ir sisteminio mąstymo metodų egzistuoja nepašalinamų prieštaravimų. Ši antitezė neabejotinai byloja apie bendrojoje ir kontinentinėje teisėje vyraujančias tendencijas. Tačiau jos suabsoliutinimas vis labiau veda prie realaus reikiamos teisės normos parinkimo proceso, kokį mes šiandien galime stebėti abiejose didelėse teisės šeimose, iškraipymo.

II.

1934 metais anglų mokslininkas Goodhartas išreiškė požiūrį, jog privalomo precedentų laikymosi teorija lemia principinį skirtumą tarp kontinentinės Europos ir Anglijos juridinių metodų (p. 42). Iš pirmo žvilgsnio minėta pozicija ir šiandien atrodo įtikinama. Ši teorija teigia, jog kiekvienas anglų teismas, priimdamas sprendimą, yra saistomas ankstesniųjų savo sprendimų. Dar visai neseniai pagal pastarąją teoriją apeliaciniai teismai ir Lordų Rūmai buvo susaistyti ankstesniųjų *savo* sprendimų. Terminas „susaistymas" reiškė, jog teismas privalėjo vadovautis ankstesniu sprendimu nepriklausomai nuo to, ar jį patvirtino paskesnė teismų praktika, ar jis taip ir liko vienintelis. Nesvarbu ir tai, ar sprendimas buvo priimtas praėjusiais metais, ar praėjusiame šimtmetyje, ir tai, kad, teismo nuomone, įtvirtintą principą nėra tikslinga taikyti dėl pasikeitusių socialinių sąlygų ar dėl kitų priežasčių. Tas faktas, jog parinkdamas reikiamą teisės normą teismas turi atsižvelgti į ankstesnius sprendimus ir jais sekti, jei jie atitinka nagrinėjamosios bylos padėtį, Anglijoje jau seniai yra pripažįstamas, juo labiau kad ten nebuvo visaapimančio įstatyminio reguliavimo ir pagrindas teisinei argumentacijai iš esmės buvo tik esamas sprendimas. Kadangi buvo stengiamasi nepatekti į situaciją, kai kiekvieną kartą priimamas naujas sprendimas, atsižvelgimas į jau priimtą sprendimą praktiniu požiūriu buvo visai pateisinamas. Priešingai, minėtas labai griežtas doktrinos variantas, pagal kurį teisėjas privalo laikytis ankstesniojo teismo sprendimo net tuomet, jeigu, jo nuomone, šis sprendimas prieštarauja bylos esmei, o aukštesnieji teismai privalo sekti savo sprendimais, atsirado tik XIX a. antrojoje pusėje. Pastarasis doktrinos variantas yra ne įstatymų leidėjo, bet teismų praktikos kūrinys, kuriuo ji pati save supančiojo.

Savaime suprantama, Anglijos teisėjai surado įvairių kelių ir priemonių, leidžiančių jiems apeiti naujų sąlygų nebeatitinkančius teisminius precedentus. Šiuo metu ankstesniojo teismo sprendimo privalu laikytis tik tuomet, kai jo *pagrindiniai* motyvai *(ratio decidendi)* tinka ir sprendžiamam ginčui. Tačiau ką reikia laikyti *ratio decidendi*, o ką – tik *obiter dicta*, daugeliu atvejų labai neaišku. Tarkime, kad motina patiria nervinį šoką dėl to, jog ji tapo avarijos, kurios metu žuvo jos vaikas, liudytoja: jeigu teismas patenkina motinos ieškinį vairuotojui dėl žalos atlyginimo, šio sprendimo *ratio decidendi*, žinoma, tiks ir vėlesniam atvejui, kai *ceteris pari-*

bus tėvas yra savo vaiko žūties liudytojas. Tačiau nėra aišku, ar vadovaujantis minėto sprendimo *ratio decidendi* galima patenkinti ieškovo ieškinį vairuotojui, jei vaikas nežuvo, o buvo tik sužeistas arba jo gyvybei buvo sukelta grėsmė, arba jei ieškovas nėra vaiko giminaitis. Tai klausimai, į kuriuos teisėjas gali atsakyti tik smulkiai išstudijavęs ankstesnįjį sprendimą bei advokatų pateiktus argumentus. Bet pirmiausia jis privalo kruopščiai įvertinti kitus panašius teismų sprendimus, priimtus iki ir po jo nagrinėjamos bylos. Taigi teisėjas į minėtus klausimus gali atsakyti tik mąstymo procesu, besiremiančiu tam tikromis teisminės technikos taisyklėmis, kurios bet kuriuo metu gali būti veikiamos proto ar intuicijos sukeltų *vertinimų.*

Apie tai palyginkime *Atiyah/Summers*, p. 118 ir kt. Ypač sunku *ratio decidendi* nustatyti tuomet, kai teisėjas ankstesnįjį sprendimą priėmė vadovaudamasis dviem lygiateisiais motyvais arba kai ankstesnįjį sprendimą priėmė Apeliacinis teismas, kurio teisėjai (vienbalsiai ar balsų dauguma) padarė tą pačią išvadą, tačiau skirtingais motyvais. Be to, iškyla klausimas, ar galima nepaisyti ankstesniojo teismo sprendimo, jei jis prieštarauja kitam to paties teismo sprendimui? Ar galima jį ignoruoti, jei per neapsižiūrėjimą jame nebuvo atsižvelgta į įstatymo normą arba jei tam tikro teisinio momento nepastebėjo advokatai arba į jį neatkreipė dėmesio bylą nagrinėjantis teismas? Šie ir kiti klausimai yra išnagrinėti gerai išplėtotose anglų teisės doktrinose. Apie tai palyginkime Crosso veikalus. Crossas daro išvadą, jog *distinguishing a precedent* techniką teismai taip plačiai taiko, kad reiktų paklausti, *whether the spectacle of an English judge labouring under the brutal fetters of a rigid doctrine of precedent is not something which, if it exists at all, exists only in the minds of academic lawyers* (L. Q. Rev. 82 [1966] 203, 214).

Dar platesnė yra *amerikiečių* teismų pozicija. Šios šalies teisinės literatūros leidyklos kasmet be jokios kritinės atrankos siūlo šimtus teismų sprendimų tomų. Todėl reikalavimas atsižvelgti į visus atitinkamus ankstesnius teismų sprendimus vargu ar yra įvykdomas. Pirmiausia audringas politinių, socialinių bei ekonominių sąlygų Jungtinėse Valstijose plėtojimasis bei su tuo susiję greiti teisinės sistemos pakitimai nuo pat pradžių užkirto kelią tam, jog aukščiausieji teismai absoliučiai visais atvejais privalėtų laikytis ankstesnių *savo* sprendimų. Tai, kad Aukščiausiasis Teismas konstitucinės teisės reguliuojamoje santykių sferoje privalo turėti teisę priimti sprendimus, kuriais aiškiai nukrypstama nuo ankstesniojo sprendimo *(to overrule a precedent)*, lemia tas faktas, kad Konstitucijos *teksto* pakeitimas yra vienintelė priemonė pakeisti pasenusį savo paties sprendimą, o tai susiję su labai sudėtinga ir ilga procedūra, nes reikia trijų ketvirtadalių valstijų ratifikavimo. Paskutiniaisiais dešimtmečiais ir *valstijų* aukščiausieji teismai rodo vis didėjantį pasirengimą kritiškai patikrinti precedentų teisėje išdėstytas normas (net jei jos patvirtinamos teismų praktikoje), ar jos atitinka šiandienos interesus ir poreikius.

Kaip dažnai tokie patikrinimai sukelia neigiamų pasekmių ir kartu *overruling decision* bei esminių teismų praktikos pakitimų, netiesiogiai galima spręsti iš literatūroje bei teismų praktikoje kilusių plačių diskusijų tuo klausimu, ar nusipelno apsaugos ir kokios tie asmenys, kurie tapo pasitikėjimo „senais" teismų sprendimais aukomis. Dauguma JAV teismų šiuo atveju laikosi požiūrio, jog „nauja", pirmą kartą sprendime pasirodžiusi norma turi galioti tik *pro futuro* (*prospective overruling*, palyginkime apie tai *Atiyah / Summers*, p. 146 ir kt.; *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, Eine rechtsvergleichende methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz und den USA [1993]).

Atrodo, kad ir Anglijoje privalomo precedento laikymosi doktrina šiandien jau nebetaikoma praktikoje taip griežtai kaip ankstesniais metais. Tai labai aiškiai rodo tas faktas, jog labiausiai ginčytini minėtos doktrinos teiginiai, įpareigojantys Lordų Rūmus kategoriškai laikytis ankstesnių savo sprendimų, 1966 metais neteko galios. Ir tai, kaip būtų galima galvoti, atsitiko ne dėl atitinkamo parlamento akto. Priešingai, Lordas kancleris atvirame teismo posėdyje savo ir kitų Lordų teisėjų vardu padarė paprastą pareiškimą *(Practice Statement):*

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while traeting former decisions of this House as normally binding, to depart from a previos decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the special need for certainty as to criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House ([1966] 1 W. L. R. 1234).

Tuo Lordų Rūmai pakeitė tik specialią ir toli gražu ne pagrindinę *stare-decisis* doktrinos nuostatą. Tačiau galima spėti, jog šis žingsnis, pirmiausia turintis psichologinę prasmę, laipsniškai ves prie šios doktrinos, kuri, Rabelio nuomone (RabelsZ 16 [1951] 340, 344), šiandien tapo „angliškąja antikvarine keistenybe", apribojimo. Jeigu iš tikrųjų rimtai pažvelgtume į teiginį, kad *too rigid adherence to precedent may... unduly restrict the proper develapment of teh law*, iš jo turėtų sekti, jog ateityje ir Apeliacinis teismas turėtų susilpninti savo poziciją dėl privalomo ankstesnių savo sprendimų laikymosi. Šią poziciją, tiesa, nesėkmingai nenuilstamai gynė Lordas Denningas.

Palyginkime jo nuomonę *Gallie* v. *Lee* byloje [1962] 2 Ch 17 ir *Barrington* v. *Lee* byloje [1972] 1Q. B. 326. *Davis* v. *Johnson* byloje [1979] A. C. 264 *House of Lords* pagaliau vienbalsiai atmetė Lordo Denningo nuomonę.

Pažvelgus į Europos kontinentą tenka konstatuoti, jog jame padėtis neatrodo kitaip nei bendrojoje teisėje *(Common Law).*

Tiesa, ten niekur nėra teisinio principo, įpareigojančio teisėją laikytis Aukščiausiojo Teismo sprendimo. Tačiau teisinė tikrovė yra kitokia. Praktikoje Prancūzijos *Cour de cassation* ar Vokietijos Aukščiausiojo Teismo sprendimas gali tikėtis būti pripažintas žemesniųjų instancijų teismų kaip ir anglų ar amerikiečių Apeliacinio teismo sprendimas. Tai pasakytina ne tik apie tuos atvejus, kai Aukščiausiojo Teismo sprendimas užbaigia identiškų sprendimų grandinę. Pavienis Vokietijos Aukščiausiojo Teismo sprendimas praktikoje sulaukia didžiausios pagarbos. Ir labai retai kuris nors teisėjas atvirai nukrypsta nuo tokio sprendimo; tai jokiu būdu nėra tipinis atvejis. Prancūzijoje padėtis yra labai panaši:

Palyginkime, pvz., *David/de Vries*, The French Legal System (1958) 113 ir kt.: „despite the absence of a formal doctrine of stare decisis, there is a strong tendency on the part of the French courts, like those of other countries, to follow precedents, especially those of the higher courts ... The Cour de Cassation can, of course, always overrule its own prior decisions. But it is equally certain that it will not do so without weighty reasons ... The attitude of the lower courts toward decisions of the Cour de Cassation is in substance quite similar to that of the lower courts in common law jurisdictions toward decisions of superior courts. Even a single precedent established by the Cour de Cassation will usually be followed, though it cannot be cited as the [only] basis for the decision. Certains factors may, howewer, induce the lower courts to seek reasons for deciding contrary to a prior decision of the Cour de Cassation. One such factor may be the expectation that an old decision of the Cour de Cassation wuold not be followed by that court in the light of new conditions." Taip pat palyginkime *Ancel*, French Case Law, J.Comp. Leg. 16 (1934) 1, ir *David*, Le droit français I (1960) 160 ir kt.

Todėl neperdėsime pasakę, jog bendrosios teisės *stare decisis* doktrina ir atitinkama kontinentinės Europos teismų praktika pasiekia panašų rezultatą: „Praktikoje skirtumų reiktų ieškoti su lupa". (Rabel, atspausdinta: RabelsZ 16 [1951] 340, 345; palyginkime ir kritinį *Cappelletti*, ten pat požiūrį.) Iš tikrųjų, jeigu teisėjas gali pasinaudoti vieno ar kelių aukštesnės instancijos teismų sprendimų norma, nes mano, jog jie atitinka nagrinėjamosios bylos padėtį, jis (ši padėtis Vokietijoje visiškai nesiskiria nuo Anglijos ar Prancūzijos) vadovausis tais sprendimais ir juose įtvirtintomis normomis. Žinoma, kad galėtų vadovautis tam tikra norma, teisėjas pirmiausia ją turi *nustatyti* bylos medžiagoje. O *tokių normų išaiškinimo metodai* bendrojoje teisėje ir kontinentinėje teisėje akivaizdžiai skiriasi.

Bendrosios teisės teisėjo technika, kuria remdamasis jis tiria bylos medžiagą ir bando rasti jai tinkamų normų bei principų, yra nustatyta *reasoning from case to case* tradicija. Priimdamas sprendimą angloamerikiečių teisėjas vadovaujasi ankstesniais sprendimais *(precedents)*, kuriuos, kaip susijusius su nagrinėjama byla, dažniausiai nurodo šalių advokatai. Šiuose anksčiau priimtuose sprendimuose teisėjas nustato tam tikras *rules*, t. y. konkrečių gyvenimiškų problemų sprendimus. Jis stebi, kaip plėtodamiesi šie *rules* dėka kitų *precedents* įgavo siauresnę ar platesnę prasmę, kaip jie buvo patobulinti, o jų apibendrinimo pagrindu laipsniškai pats formuluoja pagrindines „normas", *principles*, *standards*, kuriais remdamasis konkrečiam atvejui pirmiausia ras tarsi „bandomąjį" sprendimą. Netrukus teisėjas patikrins taip suformuluoto sprendimo teisingumą nagrinėjamosios bylos atžvilgiu, palygindamas jį su kitais panašiais atvejais, o paskui priims sprendimą. Visi minėtieji veiksmai atliekami svarstant, t.y.: visi „už" ir „prieš" argumentai yra apsvarstomi diskusijoje tarp įsivaizduojamų ir realiai esančių oponentų. *Ambulanto solvitur.*

Angloamerikiečių civilinis procesas labai tinka tokiems svarstymams. Nors jo raidai didelę įtaką padarė *Prisiekusiųjų Teismas*, šiandien nagrinėjant civilines bylas prisiekusieji savo vaidmenį išsaugojo tik JAV. Vadinasi, bylos svarstymas apsiriboja vienu posėdžiu, kuris, jeigu reikia, gali tęstis keletą dienų. Šiame posėdyje proceso šalys žodžiu išdėsto ne tik faktinę bylos medžiagą, bet ir teisines problemas, o visa tai yra apsvarstoma atviroje, argumentuotoje diskusijoje, kurioje dalyvauja ir teisėjas. (Apie tai išsamiau palyginkime 18 str. V.)

Šis induktyvus, atskirų faktų nagrinėjimu pagrįstas mąstymo stilius bei juo besiremianti gilaus kontakto su precedentais metodika kontinentinės Europos teismų praktikai yra arba visai nežinoma, arba žinoma menkiau. Tai lemia ta aplinkybė, jog Vokietijos, o dar labiau Italijos ir Prancūzijos teisėjus dar tebeveikia senos teisinio pozityvizmo idėjos, pagal kurias sprendimo byloje priėmimas reiškia ne ką kita kaip jau egzistuojančios normos „pritaikymą" ginčijamam klausimui. Kartu su šiomis idėjomis vyrauja ir supratimas, jog taikomos normos – pirmiausia tai *įstatyminės* normos. Nors kiekvienas žino, jog susidūrus su sunkiai išsprendžiama problema įstatyminių normų arba nėra, arba jų turinys nėra aiškus. Kiekvienas taip pat žino, kad sprendimas gali būti rastas tik atsižvelgus į teismų praktikos išplėtotas taisykles bei principus. Tačiau senosios tradicijos vis dar gyvuoja. Tai liudija prancūzų, italų bei vokiečių aukščiausiosios instancijos teismų sprendimų stilius.

Apie tai palyginkime Kötz, *Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen*, RabelsZ 37 (1973) 245; Goutal, *Characteristics of Judicial Style in France, Britain und the U.S.A.*, Am. J. Comp.L. 24 (1976) 43; Lawson, *Comparative Judicial Style*, Am. J. Comp.L. 25 (1977) 364; Markesinis, *Conceptualism, Pragmatism and Courage, A Common Lawyer Looks at Some Judgements of the German Federal Court*, Am. J. Comp. L. 34 (1986) 359; to paties autoriaus, *A Matter of Style*, L. Qo Rev. 110 (1994) 607.

Pirmiausia į akis krinta tai, kaip atmestinai Europos kontinente yra žiūrima į faktines bylos *aplinkybes*, kurių pagrindu priimamas sprendimas. Jau minėjome (plg. 9 str. I), jog Prancūzijos kasacinis teismas šiuo atveju apsiriboja tik menkomis užuominomis. Vokietijos teismai laikosi CPK 313 str. 2 d. reikalavimo, numatančio, jog sprendime turi būti „glaustai nurodytos pagrindinės faktinės aplinkybės" ir jomis paremti reikalavimai. Tačiau sprendimus publikuojant periodinėje spaudoje arba skelbiant sprendimų rinkiniuose labai dažnai tendencingai pateikiamas iškraipytas šių aplinkybių aprašymas arba jis visiškai nepateikiamas. Bendrosios teisės teisininkui tokia procedūra būtų tiesiog neįsivaizduojama. Analogiškai elgiasi ir Prancūzijos kasacinis teismas: jis necituoja savo ankstesnių sprendimų ir neaiškina, kodėl vadovaujasi būtent šituo, o ne kitu precedentu. Nekyla abejonių, jog Kasacinio teismo teisėjas kruopščiai analizuoja bylos medžiagą. Bet žiūrint iš šalies susidaro įspūdis, jog sprendimas buvo priimtas burtų lazdele, išrinkusia reikiamą normą tiesiai iš įstatymo teksto (apie tai plg. puikius Dawsono, ten pat, p. 400 ir kt. samprotavimus). Apskritai kontinentinės Europos aukščiausiosios instancijos teismų sprendimuose dar labai jaučiamos praėjusio šimtmečio autoritarinės valstybės tradicijos: norima, kad teismo sprendimas būtų anoniminis valstybės aktas. Juo valdžios autoritetą gerbiančiam pavaldiniui norima parodyti įstatymo didybę ir taip nuslėpti tą faktą, jog teisėjas sprendimą randa ne griežtomis logika pagrįstomis abstrakčiomis operacijomis, o tirdamas ir abejodamas jis apsvarsto konkrečių byloje buvusių problemos sprendimų „už" ir „prieš".

Kaip dar menkai yra išplėtotas *reasoning from case to case* menas, liudija ir nekritinis vadinamųjų „pagrindinių principų", kurie visur Europos kontinente yra pateikiami paskelbtų teismų sprendimų priekyje, naudojimas. Pagrindiniuose principuose esminiai teismo priimto sprendimo teiginiai pateikiami abstrakčiai, labai sutrumpintai. Apie bylos aplinkybes, kurių pagrindu buvo priimtas sprendimas, juose tik užsimenama arba jos ir visai neminimos. Niekada nepateikiamas procesas, kuris parodytų, kaip atsirado sprendimo pagrindimas. Tokie pa-

grindiniai principai, vadinami *headnotes*, žinomi ir bendrosios teisės šalyse. Tačiau čia jie egzistuoja tik tam, kad teisėjui pateiktų pirminį supratimą apie galimą tam tikro sprendimo turinį, bet tai anaiptol nereiškia, jog jo nereikia kruopščiai patikrinti. Europos kontinente yra priešingai, nes čia pagrindiniai principai paprastai apskritai nėra susiję su bylos aplinkybėmis ir pateikiami savarankiškai kaip tam tikros nušlifuotos formuluotės, teisinėje praktikoje apibrėžiamos kaip įstatymų normos. Italijoje tam pasitarnauja dar ir tai, jog iš daugumos Kasacinio teismo sprendimų skelbiami *tik* pagrindiniai principai *(massime):* dėl to praktiškai nebeįmanoma nustatyti bylos aplinkybių, kurių pagrindu buvo priimtas sprendimas ir kartu sužinoti šios bylos pagrindinio principo realią reikšmę. Iš tikrųjų šiuos pagrindinius principus reiktų nagrinėti tik kaip darbines hipotezes ir dėl jų didėjančio skaičiaus bei kintančių gyvenimo poreikių nuolat juos kritiškai vertinti, plėtoti, siaurinamai aiškinti bei tobulinti. Būtent taip dažnai nesąmoningai ir elgiasi kontinentinės Europos teismai. Kadangi tai labai retai iškyla viešumon, sunku susidaryti teisingą nuomonę apie realią šio klausimo padėtį.

III.

Common Law (bendrojoje teisėje) ir *Civil Law* (kontinentinėje teisėje) egzistuojantys *įstatymo aiškinimo* metodai taip pat labai skiriasi. Taip yra dėl to, jog anglų teisės raidos procese parlamento leidžiami *statutes* nuo seno vaidino kitokį vaidmenį nei įstatymai Europos kontinente. Iki pat XIX a. anglai, panašiai kaip ir romėnai, įstatymo leidėjo veiklą laikė prasminga tik tuomet, kai reikėjo šalinti konkrečius socialinius ar ekonominius trūkumus. Priešingai, visuotinis tikslinis reguliavimas, iš anksto numatantis kitų panašių atvejų, o kartu ir visų atitinkamoje srityje iškylančių problemų išsprendimą, praktikams empirikams anglams savo precedentiniu mentalitetu atrodė nenatūralus ir pavojingas: *We will cross the bridge when we come to it.* Ankstesnių laikų anglų *statutes* buvo „proginiai" įstatymai, kurių, kaip teisės šaltinių, teisinė galia nė iš tolo negalėjo prilygti nerašytinei, per ilgus šimtmečius sukurtai teisei, tolygiai veikiančiai visas teisės šakas bendrojoje teisėje. Teisėjai įstatymus tuomet apibrėždavo kaip galbūt reikalingą, bet gražią bendrosios teisės darną griaunantį blogį. Taip atsirado įstatymų aiškinimo taisyklės, kurios, kaip pastebėjo Pollockas, yra aiškai kilusios iš įsitikinimo, *that Parliament generally changes the law for the worse, and that the business of the judge is to keep the mischief of its interference within the narrowest possible bounds* (Essays on Jurisprudence and Ethics [1882] 85). Ypač išplėtota buvo mintis, jog kiekvienas įstatymas, besiskiriantis nuo nerašytinės bendrosios teisės, yra nagrinėjamas kaip išimtinis ir todėl jį reikia aiškinti siaurai bei taikyti tik tokiems atvejams, kuriuos neabejotinai apima jo turinys. Tiesa, nuolat buvo pripažįstama, jog aiškinant įstatymą reikia turėti galvoje ir tikslą, dėl kurio jis buvo priimtas. Tačiau nuostabą kelia tai, kaip pedantiškai daugeliu atvejų teisėjai jautėsi susaistyti žodinio įstatymo teksto.

Fisher v. *Bell* [1961] Q. B. 394 byloje buvo kalbama apie aiškinimą įstatymo, numatančio bausmę tam, kuris tam tikrus ginklus „siūlo parduoti" viešai. Kaltinamasis tokius ginklus buvo išstatęs vienos parduotuvės vitrinoje. Tačiau jis buvo išteisintas, nes, teismo manymu, prekių išdėliojimas vitrinoje reiškia ne siūlymą, o tik *invitatio offerendi.* – *Bourne* v. *Norwich Chrematorium Ltd.* [1967] 1 W. L. R. 691 byloje krematorius norėjo pasinaudoti mokesčių lengvata, kurią įstatymų leidėjas suteikė tam, kuris pastatą naudojo „prekių bei daiktų perdirbimui". Tačiau teisėjas nusprendė, jog

ieškovas užsiima „verslu“, o žmogaus lavonas nėra „daiktas“ ir sudeginimas nėra „perdirbimas“. Be to, *Bridge*, ten pat, p. 364 pažymi: *Whilst the susceptibilites of the judge were understandable and the statute clearly had not been drafted with cremation in mind, was there any reason why those engaged in the trade of cremation should not enjoy the benefits of a statutory allowance which was enjoyed by other trades with no greater, if as great, claims on society?* – *Inland Revenue Commissioners* v. *Hinchy* [1960] A. C. 748 byloje buvo aiškinamas įstatymas, pagal kurį mokesčių vengimo atveju asmuo, privalantis mokėti mokesčius, kaip bausmę už tai privalo sumokėti „trigubai tiek, kiek buvo skolingas“. Savaime suprantama, jog įstatymų leidėjas šiuo atveju turėjo omenyje trigubą *išvengtų mokėti* mokesčių sumą (o ne trigubą apskritai reikalingų sumokėti mokesčių sumą). Tačiau Lordų Rūmai nusprendė kitaip, nes pažodinis įstatymo tekstas yra nedviprasmiškas. Tai reiškė, jog du mokesčių mokėtojai, gaunantys vienodas pajamas, turi būti vienodai griežtai nubausti, neatsižvelgiant į tai, jog vienas vengė mokėti didesnę mokesčių sumą, o kitas – mažesnę. Šis argumentas Lordų Rūmams nepadarė jokio įspūdžio, kadangi jie galėjo remtis tuo, kad įstatymų leidėjas netrukus ištaisys padarytą klaidą. Tai atsitiko dar tais pačias metais (Finance Act 1960, 44 psl.). Apie tai palyginkime *Zander*, The Law - Making Process, p. 105 ir kt.

Tačiau atrodo, jog pastaruoju metu situacija keičiasi. Teisėjai šiandien pernelyg laisvai nagrinėja žodinį įstatymo tekstą ir daugiau dėmesio nei anksčiau skiria tikslui, kurį turėjo įstatymų leidėjas, išleisdamas atitinkamą įstatymą:

If one looks back to the actual decisions of [the House of Lords] on questions of statutory construction over the past 30 years one cannot fail be struck by the evidence of a trend away from the purely literal forwards the purposive construction of statutory provisions (*Lord Diplock Carter* v. *Bradbeer* [1975] 1 W.L.R. 1204, 1206 ir kt. byloje).

Paskutiniaisiais metais tokiai tendencijai postūmį suteikia ta aplinkybė, kad teismai vis dažniau turi aiškinti įstatymines normas, kurias yra priėmęs Didžiosios Britanijos įstatymų leidėjas, bet kuriomis britų teisėje jis norėtų įgyvendinti Europos Sąjungos direktyvas, įvykdyti iš Sąjungos teisės išplaukiantį įsipareigojimą arba teisės unifikavimo siekiantį susitarimą inkorporuoti į britų teisę. Kad tokiais atvejais žodiniu tekstu besiremiantis įstatymo normų interpretavimas mažai gali padėti, lemia tai, jog įdiegiamos normos paprastai seka kontinentinės Europos įstatymų leidybos stiliumi. Taigi jos yra sąmoningai plačiai suformuluotos ir skirtos teismams konkretizuoti. Todėl minėtais atvejais reikia aiškinimo, orientuoto į įstatymo tikslą, t. y. į tai, kad minėtomis normomis Europos ar pasaulio mastu teisė būtų unifikuota.

Daugelyje sprendimų tai aiškiai išreiškė *Lordas Denningas*. Palyginkime jo votumą *Buchan E Co. Ltd.* v. *Babco Forwarding and Shipping Ltd.* [1977] 1 Q.B. 208 (C.A.) byloje. Lygiai taip pat ir *House of Lords Pickstone* v. *Freemans Plc* [1989] A.C. 66 byloje; *Litster* v. *Forth Dry Dock Co. Ltd.* [1990] 1 A. C. 546. Iš tiesų šiuolaikinėje Anglijos teismų praktikoje bei teisinėje literatūroje pastebimas ryškus atvirumas europietiškajai tradicijai. Palyginkime, pvz., *Bingham*, There is a World Elsewhere: The Changing Perspectives of English Law, Int. Comp.L. Q. 41 (1992) 503; *Markesinis*, Learning from Europe and Learning in Europe, atspausdinta: The Gradual Covergence, Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century (Leidėjas – Markesinis, 1994) 1; *Levitsky*, The Europeaniztion of the British Legal Style,

Am.J.Comp.L. 42 (1994) 347. Palyginkime taip pat p. 18 apie lyginamosios teisės argumentų naudojimą Anglijos teisminėje praktikoje.

Šimtus metų Anglijoje galiojo taisyklė, draudžianti teisėjams, interpretuojant įstatymą, remtis aiškinimais, kurie svarstant įstatymą buvo pateikti parlamente. Šios taisyklės egzistavimas daugiausia buvo grindžiamas tuo, jog tokie aiškinimai yra akivaizdžiai nepatikimi ir su spragomis, gaunami tik labai didelių pastangų dėka, o piliečiams, kuriems šis įstatymas sukėlė teisinių pasekmių, yra neprieinami. Tačiau Lordų Rūmai minėtos taisyklės atsisakė (*Peper* v. *Hart* [1993] A.C. 593). Tai taip pat liudija, kokia svarba aiškinant įstatymus šiandien yra teikiama tikslui, kurį, priimdamas atitinkamą įstatymą, turėjo įstatymų leidėjas:

The days have long passed when the courts adopted a strict constructionist view of interpretation which required them to adopt the literal meaning of the language. The courts now adopt a purposive approach which seeks to give effect to the true purpose of legislation and are prepared to look at much extraneous material that bears upon the background against which the legislation was enacted. Why then cut ourselves off from the sourse in which may be found an authoritative statement of the intention with which the legislation is placed before Parliament? (*Lord Griffiths Pepper* v. *Hart*, p. 617 byloje).

Nors paskutiniaisiais dešimtmečiais įstatymų aiškinimo technika Anglijoje ir kontinentinėje Europoje supanašėjo, tačiau kalbėdami apie *įstatymų kalbą* turime pripažinti, jog čia vis dar egzistuoja didžiulių skirtumų. Anglų įstatymams būdingas didelis preciziškumas. Jie ir tai, kas svarbu, ir tai, kas nelabai svarbu, reguliuoja vienodai smulkiai, ir todėl dažnai jų formuluotės yra tokios sudėtingos, ištęstos ir pedantiškos, kad stebėtojas iš kontinentinės Europos nuo jų pasibaisėjęs nusigręžia. Žinoma, svarbu, jog įstatyme labai tiksliai būtų pasakyta viskas, ką norima pasakyti. Bet preciziškumas nėra vienintelis svarbus dalykas. Labai svarbu ir tai, kad įstatymas būtų suformuluotas aiškiai ir suprantamai, kad jo pagrindinės mintys būtų nesunkiai atpažįstamos, o atskiros jį sudarančios normos būtų logiškai susietos. Tačiau šios įstatymo savybės Anglijos įstatymų kūrėjams nėra svarbios. Jų tikslas – bet kuria kaina pasiekti tikslumą.

Pavyzdžiui, pagal Europos Bendrijos direktyvą dėl atsakomybės už nekokybiškais produktais sukeltą žalą 6 straipsnyje atsakymo į klausimą, ar produktas suteikia garantiją, pagrįstai galima tikėtis jau iš šio gaminio pasiūlos *(the presentation of the product)*. Kaip iš šių penkių angliškų žodžių, nepridėjus nė uncijos esminės medžiagos, galima padaryti 45 žodžius, parodo 1987 metų *Consumer Protection Act* (Vartotojų apsaugos įstatymas), kuriuo direktyva buvo transformuota į anglų teisę. Iš *the presentation of the product* 3 (2) (a) buvo padaryta *the manner in wiich, and the purposes for which, the product has been marketed, its get-up, the use of any mark in relation to the product and any instuctions for, or warnings with respect to, doing or refraining from doing anything with or in relation to the product*. Dale'as ten pat palygino įstatymines normas, kurios Prancūzijoje, Vokietijoje bei Anglijoje reguliuoja tuos pačius klausimus. Jis priėjo prie išvados, jog kontinentinėje Europoje įstatymai visais atvejais buvo kur kas aiškesni, suprantamesni ir trumpesni nei angliškieji, tačiau, nepaisant to, jų turinys buvo maždaug vienodas. Apie tai išsamiai palyginkime *Zander*, *The Law-Making Process*, p. 14 ir kt.; *Bridge*, ten pat; *Cross/Bell/Engle*, p. 188 ir kt.

Kitaip nei Europos kontinente, Anglijoje įstatymų projektus rengia ne suinteresuotos ministerijos, bet ypatingas specialistų štabas – *Parliamentary Draftsman*. Šio štabo iki šiol nepaveikė jokie bandymai pakeisti esamą praktiką. Tačiau teisėjai ir mokslininkai dažnai su kandžia kritika atsiliepia apie įstatymų kalbą. Vyriausybės paskirtas *Renton Committee for the Praparation of Legislation* savo 1975 metais pateiktame pranešime taip pat pritarė šiai kritikai ir pasiūlė tam tikrų pakeitimų (Cmnd. 603). Tačiau praktikoje tai iki šiol nėra įgyvendinta.

IV.

Lyginant *Common Law* (bendrosios teisės) ir *Civil Law* (kontinentinės teisės) juridinio mąstymo stilių, labai reikėtų saugotis vienpusiškų vertinimų, kurie vilioja paviršutinišką stebėtoją. Taip tarp angloamerikiečių teisininkų dar galima aptikti nuomonę, jog kontinentinės teisės šalyse pagrindinę teismo veiklą sudaro gausybės įstatyminių normų naudojimas, o teisėjų kuriamos teisės plėtrai nelieka vietos. Mes tikime, jog minėtas požiūris neatitinka tikrovės, ir tai parodėme jau daugelyje šio veikalo vietų. Yra svarbių teisinio reguliavimo sferų, kurios dėl įvairių priežasčių apskritai nėra reguliuojamos įstatymais arba įstatymų leidėjas apsiriboja tik bendrų sąlygų ar normų, nubrėžiančių ribas, nustatymu. Ir tai yra puiki dirva plėtotis teisėjų kuriamai teisei. Be to, pastebėta, kad kontinentinės Europos civiliniai ir prekybos kodeksai sendami nebesugeba atitikti realių gyvenimo sąlygų, kad įstatymų leidėjas nuolat iškylančias naujas gyvenimo problemas vis dažniau suspėja reguliuoti tik konkrečiomis normomis, dėl ko vis labiau prireikia teismų pagalbos, o įstatymas praranda kadaise turėtas viešpataujančias pozicijas ir, kaip formuluoja Rabelis, „tampa tik visuotinio įtikinėjimo priemone“ (plg. *Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts*, atspausdinta: *Rabel*, Rinktiniai straipsniai III [Leidėjas: *Leser*, 1967] 180, 201). Savaime suprantama, jog šių esminių pakitimų dauguma teisininkų iki galo dar neįsisąmonino, todėl teismai savo veikloje, ypač tai akivaizdžiai byloja sprendimų stilistika, ir toliau mielai laikosi senųjų tradicijų. Bet apskritai kažin ar būtų galima nuginčyti tą faktą, jog kuriant teisę *Civil Law* šalyse teisėjų svarba vis didėja.

Kuo labiau Europos kontinente sklis nekodifikuotos teisėjų kuriamos teisės normos, tuo, žinoma, bus svarbiau kontinentinėje teisėje užsiimti technika ir metodais, su kurių pagalba teisėjų kuriamoje teisėje galima rasti kompromisą tarp teisės saugumo postulato ir poreikio pritaikyti ją kintamiems gyvenimo poreikiams. Akivaizdu, jog šiuo klausimu bendrosios teisės teisininkų patyrimas Europos kontinento teisininkams turi kelti didžiulį susidomėjimą. Tiriant kokios nors bylos faktinių aplinkybių konkrečias ypatybes, atskiriant šią bylą nuo kitų panašių, apdairiai kuriant bendras normas ir principus, kurie yra ne tik abstraktūs ir svarbūs, bet ir susiję su atitinkamos bylos problematika bei aplinkybėmis, angloamerikiečių teisminei praktikai būdingas kur kas didesnis kruopštumas, tikslumas, sprendimų pagrindimo atvirumas ir sąžiningumas nei Europos kontinento analogiškai praktikai, kuri pasižymi tuo, jog teisėjai vis dar siekia kiekvieną gyvenimišką situaciją įtraukti į iš anksto parengtą „klasifikaciją“ ir todėl ryški perdėto supaprastinimo tendencija, jeigu tik minėtam atvejui įmanoma pritaikyti pirmą pasitaikiusį „pagrindinį principą“.

Jeigu mes esame tos nuomonės, jog induktyvi, į konkrečius precedentus orientuota bendrosios teisės technika gali būti pavyzdžiu teisėjų kuriamos teisės tobulinimui kontinentinėje Europoje, čia reiktų paprieštarauti, jog dėl to nebus kreipiamas dėmesys į sisteminiam mąstymui būdingą tvarką ir racionalumą, o teisės taikymas ves prie chaotiškos kazuistikos. Toks supra-

timas, mūsų nuomone, taip pat menkai atitinka tikrovę, kaip ir tvirtinimas, jog kontinentinė teisė – tai gerai sutvarkyta matematiškai tikslių juridinių sąvokų sistema. Įvertinant tą aplinkybę, kad angloamerikiečių kazuistika „pasireiškia ne sprendimų puantilizmu, o fragmentiniu šios dienos teisėtumo išryškinimu" (*Esser*, p. 284). Kitaip tariant: ir bendrosios teisės technika verčia teisėją jo nagrinėjamo precedento konkrečioms aplinkybėms rasti *bendrą taisyklę*, nes kitaip jis negalės nustatyti, ar ankstesnis vienas ar kitas teismo sprendimas jo nagrinėjamam atvejui turi prejudicinę reikšmę. Bendros taisyklės ir principai, kuriuos bendrosios teisės teisėjai induktyvinio-lyginamojo metodo dėka nustato analizuodami daugybę precedentų, precedentų teisei suteikia gan svarų sistemingumo lygį, tęstinumą ir galėjimą ją iš anksto numatyti. Tiesa, vien teisėjų kuriama teisė nelabai sugeba formuotis, ir negalima paneigti to, kad bendrojoje teisėje yra teisinio reguliavimo sferų, kuriose, anglų ir amerikiečių specialistų nuomone, precedentų teisė tapo paini, sunkiai suvokiama ir todėl skubiai bei planingai reikėtų įsikišti įstatymų leidėjui. Šis bendrojoje teisėje kylantis pavojus įžvalgiems žmonėms tampa vis akivaizdesnis. Ypač tai ryšku amerikiečių teisėje, kur jau ilgą laiką įvairiose teisės šakose iš pagrindų bandoma peržiūrėti ir sutvarkyti teisinę medžiagą. Tai pasakytina ne tik apie „Įstatymų sąvadus". Paskutinių dešimtmečių žymūs įstatymų leidėjo laimėjimai – Vieningo komercinio kodekso parengimas – būtų neįmanomi be didžiulių prieš tai buvusių pastangų peržiūrėti ir susisteminti precedentų teisėje esančių problemų sprendimus. Tai, jog ir Anglijoje jaučiamas didesnis teisės sisteminimo ir racionalizavimo poreikis, liudija 1965 metų Teisės komisijos įsteigimas, kuriai buvo iškelta aiški užduotis *to take and keep under review all the law... with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of such law.* Tiesa, neatrodo, jog netolimoje ateityje būtų kodifikuota klasikinė civilinės teisės dalis – sutarčių teisė. Tačiau reikia pabrėžti, jog šiuo klausimu paskutiniaisiais metais literatūroje vyksta gyvos diskusijos, kuriose kontinentinės teisės kodifikacija užima svarbią vietą.

Vis dėlto remiantis tuo, kas pasakyta, neteisinga būtų teigti, kad pagrindinis kontinentinės Europos ir anglų teisės skirtumas yra tas, jog pirmoji yra kodifikuota, o antroji – ne. Svarbesnis yra klausimas, kas ir kaip tvarko teisinę medžiagą, atlieka jos kritinę analizę, išryškina pagrindines mintis, atskleidžia prieštaravimus ir siūlymus panaudoja tolesniam teisės plėtojimui. Europos kontinente tai iš esmės yra jau šimtmečių tradicijas turinčio teisės mokslo užduotis. Anglija tokios tradicijos neturi. Pirmoji anglų teisės katedra buvo įkurta tik 1785 metais Oksfordo universitete. Jai tuomet vadovavo Blackstone'as. Bet turėjo praeiti daugiau nei šimtas metų, kol atsirado tokių mokslininkų, kaip Dicey, Ansonas ir Pollockas, kurių veikalai labai padėjo analizei prasiskverbti į anglų teisę. Tačiau šalies teisės fakultetai teisės raidai bei teisininkų rengimui ilgą laiką vaidino palyginti menką vaidmenį. Tik 1980 metais Twiningas galėjo pasakyti, jog *the British academic lawyer, unlike his continental counterpart, has tended to be a marginal man of low visibility* (*Goodbye to Lewis Elliott*, The Academic Lawyer as Scholar, J.Soc.P.T.L. 1980, 2). Tačiau ir šioje srityje paskutiniaisiais metais įvyko esminių pakitimų. Vis labiau šiandien ir Anglijoje pripažįstama, kas kontinente jau nuo senų senovės buvo laikoma savaime suprantamu dalyku, t.y. kad teisės kūrime vienas kitą papildydami turi dalyvauti ir mokslas, ir teismų praktika.

Apie tai palyginkime *Birks*, Adjudication and Interpretation in the Common Law: A Century of Change, Leg. Stud. 14 (1994) 156; *Atiyah*, Pragmatism and Theory in English Law (Hamlyn Lec-

ture, 1987); *Bridge*, The Academic Lawyer: Mere Working Mason or Architect?, L.Q.Rev. 91 (1975) 488. Tokį pokytį rodo ir tas faktas, jog priimdami sprendimą anglų teisėjai vis dažniau pasinaudoja mokslininkų suformuluota nuomone ir šią aplinkybę, kartais dėkodami už suteiktą naudą, viešai išdėsto sprendimo motyvavime. Dar prieš dvidešimtį metų tai būtų buvę tiesiog neįsivaizduojama. Palyginkime, pvz., *Lord Scarman Sidaway v. Governors of Bethlem Royal Hospital* [1985] A.C. 871, 886 byloje; *Lord Goff Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1987] A. C. 460, 488 byloje ir *Woolwich Equitable Building Society v. I.R.C.* [1993] A.C. 70, 163 ir kt.; *Steyn L.J.* in *White* v. *Jones* [1993] 3 All E.R. 481, 499 ir kt. – Apie tai palyginkime ir *Birks*, ten pat; *Markesinis*, A Matter of Style, L.Q.Rev. 110 (1994) 607; *Kötz*, Scholarship and the Courts, A Comparative Survey, atspausdinta: Essays in Honor of John H. Merryman (Leidėjas: Clark, 1990) 183.

Apibendrindami galime pasakyti: absoliutus įstatymu besiremiančios teisės Europos kontinente viešpatavimas nugrimzdo praeitin. Bendrojoje teisėje yra atvirkščiai: siekiant teisę unifikuoti, racionalizuoti bei supaprastinti, vis labiau ryškėja tendencija pasinaudoti įstatymų leidėjo paslaugomis. Kontinentinės Europos teisės moksle vis geriau įsitvirtina teisėjų kuriama teisė, o kartu su tuo ir induktyvus, į konkrečius precedentus orientuotas mąstymo stilius. Bendrojoje teisėje, priešingai, iškilo poreikis su įstatymų leidėjo ir mokslinės analizės pagalba susisteminti vis gausėjančias teisėjų kuriamos teisės normas ir taip šią teisę padaryti aiškesnę bei labiau suprantamą. Taigi turime pagrindo manyti, jog *Common Law* (bendrosios teisės) ir *Civil Law* (kontinentinės teisės) metodai bei juridinė technika, nepaisant visiškai priešingų jų atsiradimo bei plėtojimosi šaltinių, pamažu supanašės.

V.

Iš esmės lyginamosios teisės specialistai yra linkę manyti, kad vienodi teisinės apyvartos poreikiai visose išsivysčiusiose pasaulio teisinėse sistemose yra patenkinami analogiškai arba labai panašiai. Tačiau ši nuomonė nebus teisinga, jei pažvelgsime į procesinę teisę ir palyginsime, kaip civilinis procesas vyksta bendrosios ir kontinentinės teisės šalyse, kaip jam yra rengiamasi, kaip teismui pateikiama faktinė bylos medžiaga ir ypač tai, kaip atrenkami ir apklausiami liudytojai bei ekspertai, kaip skirtingose proceso stadijose tarp proceso šalių ir advokatų yra paskirstomos užduotys bei funkcijos. Šioje srityje bendrosios ir kontinentinės teisės šalyse susidarė visiškai skirtingos tradicijos.

Pagrindinė aplinkybė, leidžianti suprasti didelę dalį angloamerikiečių proceso ypatybių, yra ta, jog šiuo metu šioje teisinėje sistemoje egzistuojantis procesas išsiplėtojo iš *prisiekusiųjų proceso (jury trial)*. Tiesa, mūsų dienomis Prisiekusiųjų teismas Anglijoje dalyvauja tik baudžiamajame procese ir tik tuomet, kai nagrinėjamas sunkus nusikaltimas, o kaltinamasis prisipažįsta *not guilty*. Tačiau Anglijoje ir civiliniame procese jaučiama *jury trial* tradicijų įtaka. Iš to išplaukia, jog nepriklausomai nuo to, ar byla yra civilinė, ar baudžiamoji, sprendimas priimamas pasibaigus vienam vieninteliam, be pertraukos vykstančiam, kartais net keletą dienų trunkančiam žodiniam bylos nagrinėjimui. Akivaizdu, jog antrą kartą sukviesti tuos pačius prisiekusiuosius ne visada įmanoma, todėl žodinis bylos nagrinėjimas turi apsiriboti vienu posėdžiu. Tai savo ruožtu sukelia nemažai kitų pasekmių, kurių visuma bendrosios teisės teismo procesui suteikia tik jam būdingų požymių (apie tai palyginkime *von Mehren*, ten pat).

Pirmoji pasekmė yra ta, jog labai svarbu advokatų atliekama paruošimo stadija. Kontinentinėje teisėje šiuo atveju esti kitaip: čia procesą sudaro keletas su pertraukomis vykstančių teismo posėdžių. Vadinasi, vienos šalies reakcija į kitos šalies netikėtus pareiškimus ir teisinę motyvaciją gali pasireikšti taip, jog kitame posėdyje ji pati pateiks naujos faktinės medžiagos bei įrodymų. Taip bylos svarstymo metu, ne be aktyvios teisėjo pagalbos, pamažu nustatomi esminiai faktai ir juridiniai klausimai – visa tai, kas susiję su byla, atskiriama nuo to, kas su ja nėra susiję, ir padedami pagrindai sprendimo priėmimui. Kitaip esti angloamerikiečių procese. Čia prieš prasidedant bylos svarstymui, kuris yra pirmas ir paskutinis, kiekviena šalis turi kruopščiai apgalvoti savo pasisakymus ir tai, kaip ji savo tvirtinimus pagrįs įrodymais. Be to, turint galvoje tai, jog norėdama pasirengti atsakymui į netikėtą priešininko manevrą, nė viena šalis negali prašyti atidėti bylos svarstymo, kiekviena iš jų turi tiksliai žinoti, kokia bus priešininko pozicija, ypač žinoti faktinės bylos medžiagos išdėstymą. Iš to kyla dvejopos pasekmės: kiekvienas advokatas (Anglijoje *solisitorius*) prieš prasidedant procesui turi pasikalbėti su „savo“ liudytojais ir tiksliai žinoti jų parodymus. Vokiečių advokatui toks elgesys profesiniu požiūriu atrodytų labai abejotinas, kadangi taip galima paveikti liudytojus. Dėl jau minėtų priežasčių angloamerikiečių procesinė teisė kiekvienai šaliai suteikia galimybę reikalauti, kad priešininkas pateiktų informaciją bei dokumentus, kurie gali būti svarbūs įvyksiančiai bylai.

Čia nesileidžiama į vadinamojo *discovery* proceso detales. Ypač Jungtinėse Valstijose jo galimybės yra tokios plačios, jog tuo gali būti net piktnaudžiaujama: *powerful litigant in a complex case may impose costly, even crushing, burdens by demands for files, pretrial testimony of witnesses, and other forms of discovery... A litigant may contrive to dump truckloads of unassorted files on the party demanding discovery, hoping, often not in vain, that the searcher will be so exhausted that the damaging items will be overlooked or never reached* (*Frankel*, p. 18).

Kai advokatai labai kruopščiai ruošiasi bylos nagrinėjimui, angloamerikiečių teisėjas prieš prasidedant procesui turi tik labai miglotą supratimą apie bylos aplinkybes ir būsimą šalių argumentaciją. Jis gali ir net *turi* pasikliauti tuo, jog viską, ko reikia, jam žodžiu išdėstys advokatai. *Kaip* tai bus padaryta, priklauso nuo advokatų. Tik jie vieni sprendžia, kurie, kokia tvarka ir kiek liudytojų duos parodymus teisme. Būtent *jie* yra tie asmenys, kurie apklausia liudytojus. Be to, kiekvienas liudytojas po to, kai jį apklausia „sava“ šalis, kryžminei apklausai turi būti „perduotas“ kitai šaliai.

Ta pati tvarka galioja ir ekspertams. Pavyzdžiui, byloje dėl neteisingo pacientų gydymo, kaip ir byloje, kurioje reikia nustatyti užsienio valstybės teisės turinį, yra įprasta, jog kiekviena šalis paskiria savo ekspertą ir kviečia jį į teismo posėdį, kad jis, kaip ir bet kuris kitas liudytojas, apklausos bei kryžminės apklausos metu būtų apklaustas abiejų proceso šalių advokatų. Jeigu tai sukelia tam tikrą ekspertų dvikovą, kurios metu advokatai savo *ad hoc* įgytas žinias rodo ryžtingai ir diletantiškai, kontinentinės Europos stebėtojui tai atrodo kaip įspūdingas spektaklis, tačiau jis iškels sau klausimą, ar procesas nebūtų pigesnis, paprastesnis ir greitesnis, jei *teismas* pakviestų kompetentingą ekspertą, kuris būtų lojalus teismui, o ne vienai iš šalių ir taip užtikrintų savo nepriklausomumą bei neutralumą.

Apklausiant liudytojus ir ekspertus teisėjas dalyvauja kaip atidus klausytojas. Jis įsikiša šalių prašymu ar savo iniciatyva tik tuomet, kai nusprendžia, jog liudytojui pateiktas klausimas nėra leistinas arba tam, kad pareikalautų, jog būtų laikomasi procesinių normų. Nors teisėjui yra leidžiama pateikti klausimus liudytojams, tačiau kartu yra prašoma, kad jis susilaikytų. Anglijoje pasakojama istorija apie teisėją, kuris savo pernelyg didelį norą klausinėti bandė suvaldyti: ant savo stalo pasistatė nedidelę iškabą, kurioje tik jam įskaitomom raidėm buvo parašyta: *„Shut up!"* Dažnai yra cituojama Lordo Greene'o pastaba, kuria jis kolegoms teisėjams rekomendavo nesikišti į liudytojų apklausą ir pridurdavo, jog teisėjas, kuris elgiasi kitaip, *decends into the arena and is liable to have his vision clouded by the dust of conflict* (*Yuill v. Yuill* [1945], p. 15, 20). Sakinys *„The judge who opens his mouth closes his mind"* tapo sparnuota fraze. Labai verta paskaityti *Court of Appeal* (*Jones v. National Coal Bord* [1957] 2 Q. B. 55) sprendimą, kur jis buvo panaikintas ir byla perduota iš naujo nagrinėti tik todėl, kad pirmosios instancijos teismo teisėjas per daug klausinėjo ir dėl to šalims sukliudė pateikti įrodymus taip, kaip jos pačios manė esant reikalinga.

Ta aplinkybė, kad angloamerikiečių teisėjas bylos nagrinėjimo metu pasitenkina palyginti pasyviu vaidmeniu, yra aiškinama tuo, jog apie bylą iš pradžių jis pats nieko nežino ir todėl proceso metu jam pačiam apie ją reikia gauti informacijos. Pagrindinio vaidmens šalims bei jų advokatams suteikimą lemia tvirtai įsišaknijęs supratimas, jog teismo proceso metu geriausiai galima nustatyti tiesą arba bent jau priartėti prie jos. Tikima, jog geriausiai tai galima pasiekti šalims išsakant savo požiūrį nuomonių kovoje, kurioje teisėjas yra tik pasyvus asistentas, iš esmės besirūpinantis tik tuo, kad būtų laikomasi žaidimo taisyklių. *„Truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question"*, – jau prieš 150 metų pasakė Lordas Eldonas, žymus Lordas Kancleris (*Ex parte Lloyd* [1822] Mont. 70, 72 n), o Lordo Denningo pastaba netgi kvepia paraku: *„In ligitation as in war. If one side makes a mistake, the other can take advantage of it. No holds are barred."* (*Burmah Oil Co.* v. *Bank of England* [1979] 1 W.L.R., p. 473, 484). Štai tokio aštraus ir tik tam tikroms taisyklėms paklūstančio ginčo tarp šalių metu įgyvendinama *adversary procedure* idėja bendrojoje teisėje laikoma pagrindiniu procesinės teisės principu.

Vokiečių, kaip ir jų kaimynų Europos kontinente, procesinėje teisėje vyrauja kitoks požiūris. Čia manoma, jog dėl tiesos atskleidimo *teisėjas* turėtų vaidinti didesnį vaidmenį. Jis turi būti ne tik įgaliotas, bet ir įpareigotas savo klausimais, nurodymais, siūlymais bei rekomendacijomis pasiekti, kad tiek šalys ir jų advokatai, tiek ir liudytojai išdėstytų tiesą atitinkančias ir kartu visas bylos aplinkybes, kad pagal galimybes būtų pašalinti visi prieštaravimai bei neaiškumai ir kad būtų išvengta klaidų, galimų dėl neapsižiūrėjimo ar dėl šalių ir jų advokatų nekompetentingumo. Savaime suprantama, vokiečių teisėjas savo iniciatyva negali kviesti liudytojo vien todėl, jog mano, kad šio asmens parodymai padės nustatyti tikrąsias bylos aplinkybes. Ir yra teisinga, kad įprastam civiliniam procesui būdingas rungtyniavimo principas. Nors tai bendrosios teisės autoriai nepakankamai įvertina, jiems nekyla abejonių vokiečių civilinį procesą, palyginus su angloamerikiečių, laikyti „inkvizitoriumi", o vokiečių teisėją *paterfamilias*, taigi *endowed, to be sure, with some of the characteristics of a bureaucrat: he is constantly descending to the level of the litigants as an examiner, patient or hectoring, as counselor and advisor, an insistent promoter of settlements. Withal he has not entirely lost his character as a civil servant, though of a special type, in a goverment department* (*Kaplan/von Mehren/Schaefer*, Phases of German Civil Procedure, Harv.L.Rev. 71 [1958] 1193, 1443, 1472).

Ypač griežtai *adversary procedure* principas taikomas *amerikiečių* civiliniame procese. Tai grindžiama tuo, kad ir šiandien civilinius ieškinius, kurie remiasi bendrąja teise, o ne *equity* normomis (plg. 14 str. III), pirmąja instancija nagrinėja prisiekusiųjų teismai. Praktikoje tai reiškia, jog *jury trial* pirmiausia nagrinėja tokius ieškinius, kuriais, kaip, pavyzdžiui, bylose dėl eismo nelaimių, žalos atlyginimo yra siekiama pinigais.

Prisiekusiųjų kompetencija yra daug platesnė nei „posėdininkų“ Vokietijos baudžiamajame procese. Pavyzdžiui, jeigu kalbama apie ieškinį dėl žalos, sukeltos eismo nelaime, atlyginimo, pasibaigus bylos nagrinėjimui prisiekusieji (be teisėjo) turi nuspręsti, kokius *faktus* reikia laikyti įrodytais. Tiesa, teisėjas bylos nagrinėjimo metu informuoja prisiekusiuosius, kokios *teisės normos* byloje yra taikytinos, tačiau jas *taikyti* gali tik prisiekusieji. Taigi jie sprendžia, ar pagal nustatytas bylos aplinkybes atsakovas elgėsi „neatsargiai“, ar yra paties nukentėjusiojo kaltės ir kokią pinigų sumą kaip kompensaciją už patirtą materialinę bei moralinę žalą jam reikia priteisti. *Jury trial* teises garantuoja Septintoji federacijos konstitucijos pataisa. Todėl klausimo dėl Prisiekusiųjų teismo panaikinimo praktiškai neiškyla. Atitikimo konstitucijai požiūriu abejotini netgi svarstymai dėl 12 tradicinio prisiekusiųjų skaičiaus sumažinimo (bent jau civiliniame procese), dėl *jury verdict* tradicinio reikalavimo priimti sprendimus vienbalsiai bei pasitenkinimo sprendimų priėmimu balsų dauguma.

Nesunku įsivaizduoti, kaip svarbu advokato procesinei strategijai yra tai, kad pagrindinius bylos klausimus sprendžia grupė neprofesionalų. Todėl jam pirmiausia rūpi, kad prisiekusiaisiais taptų „tinkami“ asmenys. Procesinės teisės normos kiekvienam advokatui suteikia teisę tam tikrą kandidatų skaičių atmesti *nemotyvuojant* ir neribotą skaičių – *motyvuojant*. Minėtų teisių advokatams suteikimas lemia tai, jog nagrinėjant svarbias baudžiamąsias bylas vien prisiekusiųjų parinkimas, kurio metu šalių advokatai apklausia šimtus kandidatų ir galiausiai jų kandidatūras atmeta, gali trukti daugelį dienų. Paskyrus prisiekusiuosius, advokatui labai svarbu savo iškalba bei tinkama liudytojų apklausa, paprastai iš anksto kruopščiai parengta, faktines bylos aplinkybes pateikti kuo plastiškiau, įspūdingiau ir kartu palankiau savo klientams. Nereikia net sakyti, jog kitas advokatas taip pat stengiasi, tik turėdamas priešingų ketinimų. Ypač per kryžminę apklausą atitinkamais klausimais (taip pat iš anksto parengtais) jis stengsis pakirsti priešininko liudytojų įtikinamumą. Kaip ir ko per apklausas bei kryžmines apklausas turi būti klausinėjami liudytojai, ir ką jie gali įrodyti, sprendžia teisėjas, vadovaudamasis sudėtinga įrodymų teisės normų sistema *(law of evidence)*, kuriai kontinentinėje teisėje atitikmens nėra. Šios teisinės sistemos šalyse teisminis tardymas vyksta dalyvaujant teisėjams profesionalams. Jiems iš esmės galima išdėstyti *viską*, nes tikėtina, jog jie yra pakankamai patyrę ir įžvalgūs, kad pagal „laisvo įrodymų įvertinimo“ principą atskirtų pelus nuo grūdų. Kitaip esti Prisiekusiųjų teisme: čia reikia *law of evidence*, nes kitaip tektų būgštauti, kad neprofesionalai gali būti apgauti, panaudojant *hearsay evidence*, įtaigius *leading questions* bei kitus triukus. Akivaizdu, jog rungimosi principu grindžiamas teismo procesas *(adversary procedure)* advokatams suteikia daug galimybių ir paskatų prieiti kraštutinę ribą to, ką leidžia moralė ir profesinė etika, o kartais ją galbūt netgi peržengti, pernelyg intensyviai „ruošiant“ liudytojus apklausai bei kryžminei apklausai ir jų parodymus kaip gryniausią tiesą pateikti net tada, kai jų melagingumas advokatams yra žinomas. Taip besielgiančių advokatų sąžinę nuramina žinojimas, jog priešininkas gali elgtis lygiai taip pat. Šios etinės problemos aktualumo nesumenkina ir ta aplinkybė, kad Jungtinėse Amerikos Valstijose honoraras už sėkmę ne tik leidžiamas, bet ir visuotinai pripažįstamas. Todėl bylos laimėjimas ar pralaimėjimas ieškovo advokatui ir ekonominiu požiūriu gali reikšti viską arba nieką.

Amerikiečių teisinėje literatūroje *adversary procedure* principo niekas nenori kritikuoti. Tačiau aktyviai diskutuojama dėl piktnaudžiavimų, atsirandančių taikant šį principą, bei dėl galimų priemonių su jais kovoti. Temperamentingai prieš *excesses, distortions, and perversions adversary procedure* pasisakė Frankelis (*Kötz*, atspausdinta: U. Chi. L. Rev. 48 [1981] 478). Palyginkime priešingą Freedmano požiūrį (*Freedman*, Lawyers' Ethisc in an Adversary System (1975) bei ginčą tarp Frankelio ir Freedmano (žr. U.Pa.L.Rev. 123 (1975) 1031 ir 1060. Daug triukšmo sukėlė provokuojamai pavadintas Langbeino straipsnis *The German Advantage in Civil Procedure*, U.Chi.L.Rev. 52 (1985) 823. Šiame straipsnyje siūloma vokiečių teisės pavyzdžiu išplėsti teisėjo kompetenciją dėl proceso eigos kontrolės ir perduoti jam atsakomybę už bylos medžiagos surinkimą, liudytojų apklausą bei ekspertų parinkimą. Apie tai palyginkime *Stiefel/Maxeiner*, Civil Justice Reform in the United States, Opportunity for Learning from „Civilized" European Procedure Instead of Continued Isolation?, J.Comp.L 42 (1994) 147 (su kritine reakcija į Langbeino straipsnį).

IV. ŠIAURĖS ŠALIŲ TEISINĖ ERDVĖ

19. SKANDINAVIJOS ŠALIŲ TEISĖS SISTEMŲ RAIDA IR JŲ ŠIANDIENINĖ PADĖTIS

Carsten, Europäische Integration und nordische Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, ZEuP 1993, 335; *Chydenius*, The Swedish Lawbook of 1734: An Early German Codification, L.Q.Rev. 20 (1904) 377; *Eek*, Evolution et structure du droit scandinave, Rev.hell. 14 (1961) 33; *von Eyben*, Inter-Nordic Legislative Cooperation, Scand.Stud.L. 6 (1962) 63; *The Finnish Legal System* (Leidėjas Uonb, 1966); *Fischer/Vogel*, Schwedisches Handels- und Wirtscahftsrecht mit Verfahrensrecht (1978), *Gammeltoft-Hansen/Gomard/Philip* (Leidėjas), Danish Law, A General Survey (1982); *Ginsburg/Bruzelius*, Civil Procedure in Sweden (1965); *Gomard*, Civil Law, Common Law and Scandinavian Law, Scand.Stud.L. 5 (1961); *Hellner*; Unification of Law in Scandinavia, Am.J.Comp.L. 16 (1968) 88; *to paties autoriaus*, Rechtsvereinheitlichung im skandinavischen Rechtskreis, veikale: Methoden der Rechtsvereinheitlichung (Nr. 69 der Arbeiten zur Rechtsvergleichung 1974) 27; *Jägerskiöld*, Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century, Scand.Stud.L. 11 (1967) 175; *Jørgensen*, Grundzüge der Entwicklung der skandinavischen Rechtswissenscahft, JZ 1970, 529; *to paties autoriaus*, Les traits principaux de l'évolution des sources du droit lanois, Rev.int.dr.comp. 23 (1917) 65; *Korkisch*, Einführung in das Privatrecht der nordischen Länder I (1977); *Matteucci*, The Scandinavian Legislative Cooperation as a Model for European Cooperation, veikale: Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge (1956) 136; *Munch-Petersen*, Main Features of Scandinavian Law, L.Q.Rev. 3 (1927) 366; *Orfield*, The Growth of Scandinavian Law (1953); *Rehfeldt*, Rezeption in Schweden, SavZ/Germ. 82 (1965) 316, 85; *Schmidt/Strömholm*, Legal Values in Modern Sweden (1964); *Strömholm* (Leidėjas), An Introduction to Swedish Law (1988); *to paties autoriaus*, La philosophie du droit scandinave, Rev.int.dr.comp. 32 (1980) 5; *Sundberg*, Civil Law, Common Law and the Scandinavians, Scand.Stud.L. 13 (1969) 179; *Vinding Kruse*, A Nordic Draft for Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden (1963).

I.

Lyginamosios teisės literatūroje vadovaujamasi nesakytine prielaida, kad visos Vakarų pasaulio teisės sistemos priklauso arba bendrajai, arba kontinentinei teisei. Kad toks supratimas nėra visiškai teisingas, paaiškėja iškėlus klausimą, kur minėtoje schemoje turėtų būti Šiaurės Europos šalių – Danijos, Suomijos, Islandijos, Norvegijos bei Švedijos – teisės sistemų vieta. Akivaizdu, jog šių šalių teisės sistemų negalima priskirti bendrajai teisei. Jai priskiriamos tik tos teisės sistemos, kurios istoriškai išsirutuliojo iš viduramžių anglų teisės. Kalbėdami apie Šiaurės Europos valstybių teisės sistemas to pasakyti negalime, nes jos plėtojosi visiškai nepriklausomai nuo anglų teisės. Tai pasakytina ir apie bendrajai teisei būdingą reikiamos teisės normos parinkimo techniką, didelę precedentų teisės reikšmę svarbiose privatinės teisės šakose, ypatingą angloamerikiečių teisėjų padėtį, teisėjų sluoksnio formavimąsi bei apie tai, ką yra įprasta vadinti bendrosios teisės „stilių formuojančiais" požymiais. Mūsų minėtų šalių teisės sistemose viso to arba apskritai nerasime, arba aptiksime tik menkų pėdsakų. Dar sunkesnis klausimas, ar galima Šiaurės šalių teisės sistemas priskirti kontinentinei teisei, taigi tai teisės sistemų grupei, kurioms, kaip kontinentinės Europos, didesnę ar mažesnę įtaką padarė romėnų teisė ir kurios tradiciškai remiasi įstatymais arba kodeksais, kaip svarbiausia teisinės medžiagos susisteminimo forma. Negalima nuneigti ir to, kad Šiaurės Europos šalių teisės raidai romėnų teisė turėjo mažesnę įtaką nei Vokietijoje. Šios valstybės dar ir šiandien neturi tokio tipo kodeksų kaip Prancūzijos CK ar Vokietijos civilinis kodeksas. Vis dėlto mes manome, kad, kaip parodys tolesni samprotavimai, Šiaurės šalių teisės sistemas teisingiau yra priskirti kontinentinei teisei. Antra vertus, be jokios abejonės šių šalių teisės sistemas dėl glaudžios jų giminystės bei bendrų „stilių formuojančių" požymių reikia sujungti į savarankišką teisės šeimą, artimą romanų bei vokiečių teisės šeimoms.

Tolesniame tekste sąvokos „šiaurės" ir „skandinavų" bus vartojamos kaip sinonimai, nors Danija ir Islandija geografiškai Skandinavijai nepriklauso.

Šiaurės šalių teisės sistemų giminiškumas paaiškinamas tuo, kad tarp Skandinavijos šalių jau nuo seno egzistavo ypač glaudūs politiniai bei kultūriniai ryšiai. Tiesa, trys Šiaurės Europos karalystės iš tikrųjų buvo susijungusios tik trumpam, būtent Kalmaro unija (1397–1523). Daug patvaresni pasirodė ryšiai, daugelį šimtmečių egzistavę, viena, tarp Švedijos ir Suomijos, kita, tarp Danijos, Norvegijos ir Islandijos. Jau XII ir XIII a. Švedija užkariavo Suomiją ir ši nuo to laiko buvo kaip Švedijos karalystės dalis. Tik 1809 metais po Rusijai pralaimėto karo Švedija turėjo perleisti Suomiją carinei Rusijai. Tačiau Rusijos imperijos sudėtyje Suomija egzistavo kaip savarankiška hercogystė, turinti plačią autonomiją, į kurios teisės sistemą carinė valdžia beveik nesikišo. Todėl kai po Spalio revoliucijos Suomija atsiskyrė nuo Rusijos ir 1918 metais paskelbė savo nepriklausomybę, jos bei Švedijos teisės vienodumas iš dalies buvo išlikęs. *Vakarų* Skandinavijos valstybių grupė – Danija, Norvegija ir Islandija – nuo XIV amžiaus daugiau kaip 400 metų buvo valdoma Danijos karalių. Todėl Danijos teisė kartu buvo ir Norvegijos bei Islandijos teisė. 1814 metais Danija norvegiškąją karalystės dalį turėjo perleisti Švedijai. Vis dėlto Norvegijai Švedijos sudėtyje pavyko užsitikrinti puikų savarankiškumą ir netgi taikiai 1905 metais išsikovoti nepriklausomybę. Islandija nepriklausoma valstybe tapo tik 1918 metais, o po Antrojo pasaulinio karo išstojo iš iki tol egzistavusios personalinės unijos su Danijos karalyste.

Šiaurės Europos šalių teisės pagrindą sudaro senovės germanų teisė, nors, savaime suprantama, kiekvienoje šalyje galima rasti ir tam tikrų savitumų. Maždaug nuo XII a. šios teisės normos buvo užrašytos į gausius Žemių, o vėliau ir miestų įstatymus. Stiprėjant centrinei valdžiai, prasideda teisės unifikavimo procesas. XIV a. Švedijai pavyko skirtingų Žemių teisę pakeisti visoje šalyje vieninga *Žemių teise*, o miestų – visiems karalystės miestams vieninga *Miestų teise*. Pagaliau XVII ir XVIII a. teisės unifikavimo procesas taip pasistūmėjo į priekį, jog po kruopštaus parengiamojo darbo tiek Danijoje, tiek Švedijoje buvo priimti kodeksai, unifikavę abiejų šalių visą privatinę, baudžiamąją ir procesinę teisę. *Danijoje* tai buvo 1683 metų karaliaus Christiano V Danske Lov, norvegiškoje karalystės dalyje 1687 metais įsigaliojęs kaip *Norke Lav*. Šis kodeksas, suskirstytas į šešias knygas, iš kurių pirmojoje kalbama apie teismų santvarką, antrojoje – apie dvasininkų luomą, trečiojoje – apie pasauliečių luomą, prekybą bei šeimos teisę, ketvirtojoje – apie jūrų teisę, penktojoje – likusią turtinę teisę bei paveldėjimo teisę. Šeštoji kodekso knyga skirta baudžiamajai teisei. Sudėtingesnės struktūros yra 1734 metų Švedijos kodeksas *(Sveriges rikes lag)*. Jis yra suskirstytas į devynis skyrius, iš kurių pirmieji penki skirti civilinei teisei: šeimos, paveldėjimo, žemės, statybos, prievolinei bei sutarčių teisei. Švedijos kodeksas iš viso turi 1300 straipsnių. Kaip ir danų kodeksas, jis parašytas paprasta, aiškia liaudies kalba. Vardan išsamumo jame buvo atsisakyta tokių apibendrinimų bei pamokančių sąvokų, kokias XVIII a. kontinentinėje Europoje energingai diegė prigimtinės teisės sistemintojai.

Žinoma, tai nereiškia, jog Švedijos bei Danijos teisės raida vyko visiškai izoliuotai nuo kontinentinės Europos teisės. Būtent XVII a. tarp Švedijos ir kontinentinės Europos teisės mokslų buvo užmegzti glaudūs ryšiai. Taip atsitiko pirmiausia todėl, kad per Trisdešimties metų karą Švedija tapo galinga valstybe, Europos politikoje vaidinusia svarbų vaidmenį ir turėjusia teritorinių interesų prie Baltijos jūros, taigi teritorijose, kuriose tuomet tiek teismų praktikoje, tiek universitetuose klestėjo *usus modernus pandectarum*. Politinių bei intelektinių ryšių su Vidurio ir Rytų Europa užmezgimas į Švediją atvėrė kelią ir kontinentinėje Europoje paplitusiam teisinio mąstymo būdui. Tapo įprasta, jog valdininko ar teisėjo karjeros siekiantys jaunieji Švedijos bajorai teisinį išsilavinimą įgydavo bendrąją romėnų teisę studijuodami protestantiškosios Vokietijos universitetuose, o vėliau vis dažniau Upsalos ir Lundo universitetuose. Kai Gustavas Adolfas, vykdydamas savo grandiozinę valdymo reformą, įsteigė naujus aukščiausiuosius teismus, ypač 1614 metais *Svea hofrätt* Stokholme ir 1634 metais *Göta* teismą Göteborge, gyvuojančius dar ir šiandien, kitaip nei Anglijoje, juose dirbo profesionalūs teisėjai, puikiai išmanantys ir romėnų teisę. Nenuostabu, jog romėnų teisės sąvokos bei normos, kaip parodė Jägerskiöldas (ten pat), XVII a. Švedijos aukščiausiųjų teismų praktikoje užėmė svarbią vietą. Ypač tai pasakytina apie sutarčių, įkeitimo, laidavimo, įmonių ir bankroto teisės reguliavimo sferas, kuriose galiojantys seni, dar XIV a. kodeksai, turėjo esminių trūkumų. Žinoma, reiktų paminėti, jog 1734 metų kodeksui, net sutarčių bei prekybos teisei skirtose jo dalyse, romėnų teisė padarė nedaug įtakos. Tikriausiai tai nulėmė ta aplinkybė, kad valdant Karoliui XII Švedija dėl nesėkmingos savo užsienio politikos bei kelių karinių pralaimėjimų neteko savo, kaip Europos didžiosios valstybės, padėties ir netrukus buvo beveik visiškai išstumta iš užkariautų Europos kontinento teritorijų. Tai privertė atsigręžti į nacionalines vertybes, ką ir pademonstravo 1734 metų kodekso rengėjai, sugrįžę prie senosios švedų Miestų bei Žemių teisės. Tai rodo kodekso struktūra, stilius, kalba ir kazuistika (plg. apie tai *Rehfeld*, ten pat). Vis dėlto ankstesni ryšiai su romėnų teise buvo tokie glaudūs, jog sąsajos su konti-

nentinėje Europoje egzistuojančiu teisiniu mąstymu nebenutrūko ir visuomet buvo glaudesnės nei Anglijoje.

Nei 1683–1687 metų Danijos ir Norvegijos kodeksas, nei 1734 metų Švedijos kodeksas iki pat šių dienų formaliai nėra panaikintas. Yra žinoma, kad dauguma jų normų, pakitus sąlygoms, paseno arba buvo pakeistos naujais įstatymais.

Napoleono laikų neramumai ir į Skandinavijos politinį bei intelektinį gyvenimą atnešė didelių pakitimų. Buvo nutraukti šimtmečius trukę ryšiai tarp Švedijos ir Suomijos bei tarp Danijos ir Norvegijos. Prancūzijos revoliucijos skelbtos tautiškumo idėjos bei liberalizmas Skadinavijoje sulaukė didelio atgarsio ir prisidėjo prie to, jog, viena, sustiprėjo Skandinavijos tautų savimonė, pasididžiavimas sava kultūra bei kalba, antra, sustiprėjo reikalavimas panaikinti absoliutizmo liekanas, o sprendžiant valstybės reikalus, daugiau teisių suteikti piliečiams. Napoleono kodeksas padarė tokį didelį įspūdį, jog Švedijoje buvo iškeltas klausimas, ar neturėtų būti iš pagrindų reformuotas senasis 1734 metų kodeksas. 1811 metais Švedijos Riksdagas sudarė komisiją, kuriai buvo pavesta parengti naują kodeksą. 1826 metais buvo parengtas šio kodekso projektas. Jam didelę įtaką padarė prancūzų civilinis kodeksas, ypač reguliuojant šeimos bei paveldėjimo teisinius santykius buvo gana smarkiai nutolta nuo senojo Švedijos kodekso bei nuo jo pagrindą sudariusio patriarchalinės giminės modelio. Pavyzdžiui, pagal senąją teisę bet kokio amžiaus netekėjusi moteris buvo neveiksni ir santuoką galėjo sudaryti tik gavusi savo giminės atstovo, paprastai tėvo, sutikimą. Pagal naująjį kodeksą moterys, kaip ir vyrai, sulaukę nustatyto amžiaus, tapdavo veiksnūs. Šis kodekso projektas taip pat įtvirtino sutuoktinių lygybę dėl santuokinio turto, sūnums bei dukterims suteikė lygias teises paveldint turtą ir pašalino paveldėjimo bei sutuoktinių turtinėje teisėje egzistavusius skirtumus tarp miesto ir kaimo gyventojų. Šis projektas dėl konservatyvių sluoksnių priešinimosi visa apimtimi negalėjo įsigalioti, tačiau daugelis jo idėjų buvo įgyvendintos priimant atskirus reformos įstatymus. Praėjusio šimtmečio viduryje ne tik Švedijoje, bet ir Danijoje taip buvo reformuoti senieji kodeksai, pirmiausia šeimos bei paveldėjimo teisės kodeksas. Kartu ypač sėkmingai buvo įgyvendinama teisinė moterų emancipacija, daug anksčiau nei kontinente.

Istorinio bei kultūrinio bendrumo tarp Skandinavijos šalių jausmas, abipusės prekybos plėtojimas bei susisiekimo pagerinimas lėmė tai, jog baigiantis XIX amžiui įstatymų leidybos srityje tarp jų užsimezgė glaudus bendradarbiavimas. Šį bendradarbiavimą dar ir šiandien labai palengvina Skandinavijos tautų kalbų, išskyrus suomių, didelis panašumas. Dėl šios priežasties Skandinavijos teisininkams nėra sunku susikalbėti gimtosiomis kalbomis. 1872 metais Kopenhagoje įvyko Skandinavijos teisininkų susirinkimas, kurio tikslas buvo paspartinti tolesnį Šiaurės Europos šalių teisės unifikavimą. Šiame susirinkime buvo priimta rezoliucija, kurioje pabrėžiama, jog pirmiausia skubiai būtina unifikuoti Skandinavijos šalių vekselių teisę. Švedijos, Danijos bei Norvegijos teisingumo ministrai pritarė minėtai rezoliucijai, ir po kruopštaus parengiamojo darbo jau 1880 metais vienu metu visose trijose šalyse įsigaliojo unifikuotas vekselių įstatymas. Šių šalių pastangos ir kitais metais buvo skirtos prekybos teisei unifikuoti. Dar praėjusio amžiaus pabaigoje iš esmės buvo unifikuoti ir įsigaliojo unifikuoti prekių ženklų, prekybos registro, firmų vardų, prekybinių įgaliojimų (prokūros) bei čekių įstatymai. Nuo 1891–1893 metų Skandinavijos šalių jūrų teisei taip pat yra būdingas vieningas įstatyminis pagrindas.

Netrukus paaiškėjo, jog dėl bendradarbiavimo tarp Šiaurės šalių pagerėjo ir jų įstatymų leidybos *kokybė*. Švedijoje šiuo metu gyvena tik 8 milijonai gyventojų, Danijoje, Norvegijoje

bei Suomijoje – kiekvienoje tik po 4–5 milijonus gyventojų. Dėl nedidelio gyventojų skaičiaus kiekvienos iš jų patirtis įstatymų leidybos srityje yra palyginti ribota. Dažnai tik sujungus minėtų šalių patirtį galima sukurti gerą įstatymą. Todėl XIX–XX amžių sandūroje atsirado drąsių unifikavimo planų. 1899 metais danų profesorius Lassenas pasiūlė kodifikuoti ne tik prekybos teisę, bet ir kitą privatinės teisės dalį ir netgi parengti Skandinavijos civilinį kodeksą. Šiaurės šalių vyriausybės šiam siūlymui iš esmės pritarė. Tačiau ambicingo projekto realizavimas buvo atidėtas ir imtasi unifikuoti atskirus turtinės teisės institutus. Pirmuoju šių pastangų vaisiumi buvo įstatymo dėl kilnojamojo turto pirkimo ir pardavimo projektas. Šis įstatymas 1905 metais įsigaliojo Švedijoje, 1906 – Danijoje, 1907 – Norvegijoje, o 1922 metais – Islandijoje.

Skandinavijos pirkimo ir pardavimo įstatymo rengėjai atsižvelgė į 1893 metų anglų *Sale of Goods Act* (Pirkimo ir pardavimo įstatymą) bei Vokietijos civilinį kodeksą. Rengiant šį įstatymą neįprastai daug buvo atsižvelgta į komercinių sluoksnių nuomonę. Ši aplinkybė, viena vertus, lėmė tą faktą, jog pirkimo ir pardavimo įstatymui yra būdingos „paprastos bei aiškios sąvokos" (*Rabel*, Das Recht des Warenkaufs I [1936] 311), antra vertus, tai, jog jame maksimaliai atsižvelgta į prekybos praktikos reikalavimus bei poreikį, jog sutarties įvykdymas būtų greitas ir nesudėtingas. Taip iš įstatymo normų išplaukia, jog pardavėjas prekę pristatyti yra pavėlavęs jau tuomet, kai jis reikiamu laiku neperdavė prekės pirkėjui ar transportuotojui. Nėra reikalaujama, jog pardavėjas iš anksto būtų įspėtas apie vėlavimą, lygiai kaip ir apie tai, jog jis turi *atsakyti* už tiekimo termino praleidimą. Jeigu pardavėjas vėluoja pristatyti prekes, pirkėjas, užuot reikalavęs įvykdyti sutartį, gali ją nutraukti, nepratęsti jos įvykdymo termino, jei termino praleidimas yra „esminis". Skandinavijos įstatymas numato, jog tokiu būdu nutraukus sutartį, kitaip nei pagal Vokietijos CK 326 straipsnį, numatantį analogišką sutarties nutraukimą, sutartis nebus pripažinta negaliojančia nuo pat pradžių, dėl ko pirkėjas negalėtų reikalauti nuostolių, atsiradusių praleidus terminą, atlyginimo. Šio Skandinavijos įstatymo 24 straipsnio normose daug sėkmingiau nei Vokietijos suformuluotas problemų, susijusių su žalos atlyginimu, reguliavimo mechanizmas, nors abiem atvejais teisinės pasekmės yra vienodos. Pagal Skandinavijos šalių įstatymą rūšiniais požymiais apibrėžtų prekių pardavėjas nuo pareigos atlyginti nuostolius, atsiradusius dėl prekių nepristatymo, atleidžiamas tada (ir tik tada), jeigu sutarties įvykdymas buvo negalimas dėl aplinkybių, „kurių sutarties sudarymo metu pardavėjas negalėjo ir neprivalėjo numatyti, kaip, pvz., visos prekių rūšies ar sutarties dalyką sudarančios prekių partijos sunaikinimas, karas, įvežimo uždraudimas ar kitos panašios aplinkybės". Pagaliau reikia paminėti, jog skandinavų pirkimo ir pardavimo įstatymas numato, kad pristačius *nekokybiškas* prekes, pardavėjas turi atlyginti pirkėjui padarytus nuostolius, nepriklausomai nuo jo kaltės. Tokį reguliavimo mechanizmą iš esmės perėmė Tarptautinės prekybos teisės konvencijos rengėjai (apie tai išsamiai žr. 36 str. VI).

Kitas svarbus Šiaurės Europos šalių bendradarbiavimo vaisius – įstatymas „Dėl sutarčių ir kitų sandorių turtinėje teisėje", 1915–1918 metais įsigaliojęs Švedijoje, Danijoje bei Norvegijoje, o 1929 metais – Suomijoje. Šis įstatymas reguliuoja ne visus klausimus, kuriuos apima Vokietijos civilinio kodekso „Bendrosios dalies" skirsnis „Sandoriai". Jį sudaro apie 40 straipsnių, kuriuose apsiribojama kelių praktikoje ypač didelę reikšmę turinčių problemų reguliavimu, pvz., *sutarties sudarymo, įgaliojimo* bei *sandorių negaliojimo.* Rengdami šias normas įstatymo kūrėjai akivaizdžiai rėmėsi vokiečių pandektistų doktrininiu požiūriu į bendrąją

civilinės teisės teoriją, Vokietijos bei Šveicarijos kodeksais. Tačiau Skandinavijos teisininkams būdingo blaivaus požiūrio į daiktus bei realybės suvokimo dėka Vokietijos civiliniame kodekse (plg. 11 str. II) matomas begalinis siekimas bendrąsias normas „palikti prieš skliaustelius", Skandinavijos sutarčių įstatyme nebuvo perimtas. Tai liudija jau įstatymo taikymo sfera, apsiribojanti *turtinės teisės* reguliuojamais sandoriais, neapimanti šeimos bei paveldėjimo teisės. Pabrėžtina ir tai, jog įstatyme nėra normų, reguliuojančių *nepilnamečių* sudarytų teisinių sandorių negaliojimą, kadangi įstatymų leidėjas nenorėjo ardyti tiesioginio šių normų ryšio su nepilnamečių teise. Būtent dėl šios priežasties buvo numatyta jas įtraukti į specialų įstatymą, reguliuojantį visus nepilnamečių teisinės padėties aspektus. Be to, daugeliu atvejų orientuodamiesi į praktinių problemų sprendimą įstatymo autoriai daug dėmesio skyrė sąžiningų dalykinių santykių apsaugai.

Taip šalis, sudariusi sutartį dėl suklydimo, nuo sutarties atsisakyti gali tik tokiu atveju, jeigu jos kontrahentas, sudarydamas sutartį, žinojo arba turėjo žinoti apie suklydimą ir todėl jo tikėjimas sutarties egzistavimu nenusipelno teisinės apsaugos. Oferta turi saistomąją galią. Todėl asmuo, kuriam pasiūlyta sudaryti sutartį, gali tikėtis, jog sutartis bus laikoma sudaryta, jei oferentas gaus sutikimą su oferta per jo nuomone tinkamą terminą. Skyriuje apie įgaliojimą ypač kruopščiai parengtos normos apie apsaugą tų, kurie sąžiningai sudaro sutartį su atstovu, apie kurio įgaliojimų apribojimą ar net įgaliojimo panaikinimą įgaliotojas nepakankamai aiškiai pasisakė. Tokį didelį dėmesį komercinių santykių apsaugai galima būtų paaiškinti tuo, jog Skandinavijoje, panašiai kaip ir bendrojoje teisėje, prekybos teisė niekada nebuvo „speciali komercinė teisė". Ji visuomet buvo bendrosios civilinės teisės dalis, kurioje daugių daugiausiai keletas specialių normų yra skirta sandoriams, sudaromiems tarp neverslininkų. Tai rodo ir sutarčių įstatymo naujos 36 straipsnio redakcijos, Švedijoje bei Danijoje įsigaliojusios 1975–1976 metais, norma. Pagal šią normą teismas sutartimi pasiektą susitarimą gali pripažinti negaliojančiu arba pakeisti jo turinį, jei jis yra „neteisingas" sutarties turinio bei sutarties sudarymo metu egzistavusių ar vėliau atsiradusių aplinkybių atžvilgiu. Nors šioje normoje aiškiai pasakyta, jog ją taikant reikia atsižvelgti į vartotojų bei kitų sutarties dalyvių interesus, iš esmės ji galioja visiems dalykiniams santykiams, įskaitant ir santykius tarp verslininkų. Ji galioja nepriklausomai nuo to, ar „neteisingas" susitarimas sudarytas bendrosiomis sutarties sąlygomis, ar individualaus susitarimo forma.

Skandinavijoje be pirkimo ir pardavimo bei sutarčių sudarymo įstatymo turtinės teisės reguliuojamų santykių sferoje įsigaliojo dar keletas unifikuotų įstatymų, kaip, pavyzdžiui, įstatymas dėl komisionierių, įstatymas dėl prekybos atstovų bei komivojažierių, įstatymas dėl pirkimo kreditan, įstatymas dėl draudimo sutarčių bei įstatymas dėl skolinių pasižadėjimų. Visi minėtieji įstatymai atsirado atlikus kruopščius lyginamosios teisės tyrimus, kurių metu buvo tikrinama ne tik kontinentinės Europos, ypač Vokietijos, bet ir Anglijos teisė, ar ji turi skandinaviškus santykius atitinkančių normų. Savo struktūra, kalba bei stiliumi šie įstatymai praktiškai nesiskiria nuo kontinentinės Europos šalių atitinkamų įstatymų. Dėl šios priežasties, taip pat dėl analogiškų pagrindinių teisinių sąvokų Vokietijos bei Prancūzijos teisininkai, norėdami suprasti Skandinavijos įstatymus, nepatiria tokių sunkumų, kokių jiems iškyla analizuojant angloamerikiečių *statutes*.

Minėtų įstatymų pagrindu Skandinavijos šalyse išsirutuliojo iš esmės unifikuota sutarčių teisė. Tais atvejais, kai trūksta įstatyminių normų, teismų praktika bei doktrina remiasi *ana-*

logija. Taip Švedijoje pirkimo ir pardavimo įstatymo normos dėl atsakomybės už nekokybiškų prekių pristatymą pagal analogiją taikomos ir sutartims dėl paslaugų atlikimo, kurios 1934 metų įstatyme nebuvo sureguliuotos. Panašiai esti ir teisėjui sprendžiant bylas, susijusias su reikalavimų perleidimu ar bylas, kai vienas iš skolininkų nutraukia sutartį. Šiais atvejais teisėjas tikrina, ar negalima būtų pagal analogiją pritaikyti įstatymo dėl skolinių pasižadėjimų normų. Švedijos įstatymams nežinoma ir bendroji sąžiningumo bei teisingumo išlyga vykdant sutartį. Tačiau po to, kai panašios normos buvo įtrauktos į 1915 metų įstatymą dėl pirkimo kreditan, į 1927 metų draudimo sutarčių įstatymą ir į 1936 metų įstatymą dėl skolinių pasižadėjimų, 1948 metais Švedijos Aukščiausiasis Teismas nustatė, jog sutarčių, prieštaraujančių sąžiningumo ir teisingumo principui, sąlygos, visų sutartinių santykių, įskaitant ir tuos, kurie nėra sureguliuoti įstatymais, atžvilgiu yra laikomos negaliojančiomis. Nesunkiai galima pateikti ir daug kitų panašių pavyzdžių.

Ypač originalias normas Skandinavijos šalys, ypač Švedija, sukūrė *vartotojų teisių apsaugos* srityje. Šios normos dažnai esti pavyzdys kitoms šalims. Greta jau paminėtos Sutarčių sudarymo įstatymo 36 straipsnio normos-principo Švedijoje yra išleisti specialūs įstatymai, kuriuose imperatyvinėmis normomis yra nustatomas tam tikrų sutarčių turinys tais atvejais, kai jose dalyvauja vartotojai. Tai ypač pasakytina apie pirkimo ir pardavimo sutartis. Čia 1973 metų *įstatymu dėl plataus vartojimo prekių* pirkėjui, perkančiam asmeninio naudojimo prekes, suteikiama besąlygiška teisė reikalauti nuostolių atlyginimo, ypač tais atvejais, kai įmonininkas nepristato prekės sutartu terminu arba kai pristatomos nekokybiškos prekės. *Įstatymas dėl kreditų suteikimo vartotojams* nuo 1979 metų reguliuoja visas vartotojų kreditavimo formas, o ypač detaliai, praktiniu požiūriu svarbiausią – kredito suteikimą išsimokant dalimis. Šiame įstatyme esti normų pirkėjui „trečiųjų asmenų finansuojamų" sandorių atveju, suteikiančių teisę, esant tam tikroms sąlygoms, imtis atitinkamų priemonių šių sandorių kreditorių atžvilgiu. 1981 metais pagaliau įsigaliojo *Vartotojų draudimo įstatymas*, ypač plačias teises suteikęs privatiems draudėjams, sudariusiems sutartis dėl draudimo nuo gaisro, dėl namų apyvokos daiktų žuvimo, nuo butų vagysčių ir kitų formų turto draudimo sutartis. Išimtį sudaro gyvybės draudimas bei draudimas ligos atveju. Švedijoje jau ruošiamas panašus vartotojų teisių apsaugos įstatymas sudarant *rangos bei paslaugos sutartis.* Reikia pasakyti, jog šioje šalyje jau seniai suvokta, kad vartotojų teisių apsauga nebus reikiamai užtikrinta, jei vartotojas kiekvienu konkrečiu atveju savo pažeistas teises turės ginti teisme. Todėl 1970 metais Švedijoje sukuriama valstybinė vartotojų teisių apsaugos institucijų struktūra su *vartotoju ombudsmenu* priešakyje. Nuo 1971 metų šiai struktūrai priklauso teisė ypatingame „rinkos teisme" kelti ieškinius įmonininkams, kad jiems būtų uždrausta toliau naudotis bendrosiomis sutarties sąlygomis tuo atveju, jeigu tos sąlygos, „būdamos ieškinio dalyku, yra neteisingos galutinio vartotojo atžvilgiu, kiek tai susiję su atlyginimu bei kitomis aplinkybėmis". Apie tai išsamiau palyginkime *Bernitz*, Schwedisches Verbraucherschutzrecht, RabelsZ 40 (1976) 593. Pastaraisiais metais panašios normos įsigaliojo ir daugelyje kitų Skandinavijos šalių.

Šiaurės šalių bendradarbiavimas *šeimos teisėje* taip pat sulaukė nemažo pasisekimo, nors čia nacionaliniai skirtumai yra ryškesni nei turtinėje teisėje. Labiausiai unifikuota yra santuokos teisė, normos, reguliuojančios vaikų teisinę padėtį bei įvaikinimo teisė. Minėtose teisinio reguliavimo sferose paprastai vienodai yra sureguliuoti ne tik esminiai, bet ir smulkūs klausi-

mai. Be to, pažymėtina tai, jog tokie klausimai, kaip sutuoktinių lygiateisiškumas, kaltės principo panaikinimas skyrybų atveju, vienodų teisių suteikimas santuokiniams ir nesantuokiniams vaikams, ilgiau gyvenančio sutuoktinio paveldėjimo teisių sustiprinimas Skandinavijos šalių teisėje buvo iškelti ir netgi išspręsti kur kas anksčiau nei kontinentinėje Europoje, kurioje minėti klausimai tik po Antrojo pasaulinio karo tapo reformatoriškų apmąstymų objektu.

III.

Mūsų apžvalga parodė, koks sėkmingas buvo jau daugiau nei šimtą metų trunkantis Šiaurės šalių bendradarbiavimas siekiant suderinti jų teisės sistemas. Todėl pastaraisiais metais ši Skandinavijos šalių patirtis yra laikoma atitinkamo bendradarbiavimo pavyzdžiu visai Europai (plg. *Matteucci*, ten pat). Tačiau negalima pamiršti, jog Skandinavijos šalių teisės derinimui sąlygos buvo ypač palankios. Istorinės raidos bendrumas, kultūrų, kalbų panašumas, rimtų politinių prieštaravimų nebuvimas, panašus gyventojų bei darbo jėgos skaičius ir tai, jog visos šalys yra ties šiaurine Europos siena – visos šios aplinkybės lėmė patikimą bendradarbiavimą, kuris jau seniai neapsiriboja unifikuotų įstatymų projektų rengimu, bet ir (nuo 1952 metų „Šiaurės Tarybos" dėka) apima ekonomikos, socialinės, transporto bei kultūros politikos klausimus. Sėkmingą teisinį bedradarbiavimą pirmiausia galima paaiškinti tuo, kad Šiaurės šalių teisės raida pasuko panašiais keliais, o jos pagrindą sudarė vokiečių teisinės idėjos. Romėnų teisė, plisdama į Europos šiaurę, Skandinavijos šalis pasiekė tik XVII a., taigi tuo metu, kai jose jau seniai buvo susiklostę tradiciniai Žemių bei miestų teisės institutai, kurių normas sėkmingai taikė gerai išplėtotos teismų sistemos. Todėl romėnų teisės įtaka pasireiškė tik tose teisinio reguliavimo sferose, kurių reguliavimui viduramžių kodeksuose ypač trūko normų. Tai iš esmės pasakytina apie sutarčių, kreditų užtikrinimo, įmonių bei bankroto teisę. Todėl romėnų teisės recepcija Šiaurės šalyse pasireiškė labai menkai. Šios recepcijos pasekmė yra ta, jog Skandinavijos šalių ryšiai su kontinentinės Europos teisės mokslu yra daug glaudesni nei Anglijos. Tačiau Šiaurės šalyse, visai kitaip nei Vokietijoje, po romėnų teisės recepcijos neįvyko plataus teisinės doktrinos bei teisminės praktikos „sumokslinimo". Švietimo epochos kodifikacijos idėja Skandinavijoje taip pat buvo sutikta santūriai. Panašus likimas ištiko ir daugelį kitų kontinentinės Europos idėjų, patekusių į vėsesnį šiaurietišką klimatą. XIX a. modernizuojant senus kodeksus Skandinavijos šalyse buvo priimta daugybė *įstatymų*, kurių kalba, struktūra bei stilius nė kiek nesiskyrė nuo analogų kontinentinėje Europoje. Tačiau plačiai paplitusi nuomonė, jog visa civilinė teisė turi būti sujungta į vieną kodeksą, nė vienoje Šiaurės šalyje nebuvo įgyvendinta. Panašus likimas ištiko ir naujausiąjį siūlymą dirbti šia kryptimi, t.y. parengti vieningą Šiaurės šalių civilinį kodeksą. Tai 1948 metais pasiūlė danų teisės mokslininkas Vindingas Kruse'as. Paskutiniaisiais metais šios iniciatyvos įgyvendinimas vėl visiškai nutrūko. Tas pat pasakytina ir apie Šiaurės šalių teisės mokslą. Nors jis visuomet atidžiai sekė teisės mokslo raidą Europos kontinente, o XIX a., be jokios abejonės, perėmė didžiąją dalį pandektistų mokymo, tačiau Skandinavijos teisininkų realizmas bei sveika nuovoka to, ko praktikoje reikia ir kas yra būtina, lėmė tai, jog Šiaurės Europos šalyse pritarimo nerado idėjos, susijusios su pretenzingų koncepcijų bei kruopščiai apgalvotų teorinių, bet nuo realybės atitrūkusių, sistemų parengimu. Taigi akivaizdu, kad Skandinavijos šalių teisė dalyvavo kontinentinės Europos teisės raidoje ir kartu išsaugojo savo regioninį savitumą. Tai leidžia kontinentinėje teisėje išskirti atskirą „šiaurės" teisės šeimą.

V. TOLIMŲJŲ RYTŲ TEISĖ

20. KINIJOS TEISĖ

Bodde/Morris, Law in Imperial China (1967); *Bünger*, Zivil- und Handelsgesetzbuch sowie Wechsel- und Scheckgesetz von China (1934); *Ch'Ü*, Law and Society in Traditional China (1961); *Cohen*, Chinese Mediation on the Eve of Modernization, Calif.L.Rev. 54 (1966) 1201; *Cohen/Edwards/ Chen*, Essays on China's Legal Tradition (1980); *David*, Deux conceptions de l'ordre social, veikale: Ius privatum gentium, Festschrift für Max Rheinstein I (1969) 53; *Epstein*, The Evolution of China's General Principles of Civil Law, Am.J.Comp.L. 34 (1986) 705; *Gerke*, Die Schlichtung im chinesischen Recht (1992); *Han Pao Ma*, Legal System of the Republic of China, RabelsZ 37 (1973) 101; *Hzia/Seldin*, Recent Legal Developments in the People's Republic of China, Harv.Int.L.J. 28 (1987) 249; *Jones* (Leidėjas), Basic Principles of Civil Law in China (1989); *Lubman*, Studying Contemporary Chinese Law: Limits, Possibilities and Strategy, Am.J.Comp.L. 39 (1991) 293; *McAleavy*, Chinese Law, veikale: An Introduction to Legal Systems (Leidėjas: Derrett, 1968) 105; *Macneil*, Contract in China: Law, Practice and Dispute Resolution, Stan.L.Rev. 38 (1986) 303; *Münzel*, das Recht der Volksrepubik China (1982); *Noda*, The Far Eastern Conception of Law, Int.Enc.Comp.L. Vol. 2 Ch. 1 (1975); *Ruete*, Der Einfluss des abendländischen Rechtes auf die Rechtsgestaltung in Japan und China (1940); *Senger*, Grundlagen und Eigenart des Rechts der Volksrepublik China, SJZ 1981, 1; *Weggel*, Chinesische Rechtsgeschichte (1980); *Zheng*, China's New Civil Law, Am.J.Comp.L. 34 (1986) 669.

I.

Prie skiriamųjų požymių, pagal kuriuos pasaulio šalių teisės sistemas galima suskirstyti į įvairias teisės šeimas, priklauso ir samprata apie tą reikšmę, kurią teisė vaidina kaip bendro žmonių gyvenimo reguliavimo priemonė. Būtent tuo Tolimųjų Rytų teisės sistemos iš esmės ir skiriasi nuo iki šiol nagrinėtųjų. Vakarų pasaulio teisės sistemose nepriklausomai nuo to, ar jos priklausytų bendrajai, ar kontinentinei teisei, yra remiamasi tuo, jog svarbūs bendro gyvenimo klausimai pirmiausia yra reguliuojami *objektyvios teisės normomis*, taigi ne vien tik susitarimais, papročiais ar morale. Šios normos atskiram piliečiui suteikia tam tikrų teisių bei pozicijų: esant įstatymuose ir teismų praktikoje bendra forma apibūdintoms prielaidoms, kiekvienas turi konkrečias *teises*, kurios gali būti nukreiptos, pavyzdžiui, į sutarties įvykdymą arba žalos atlyginimą, į santuokos nutraukimą arba alimentų mokėjimą. Jei šias teises kitas asmuo pažeidžia, stato į pavojų arba ginčija, turintysis šias teises ne tik *gali*, bet netgi, kaip savo knygoje *Kampf ums Recht* („Kova už teisę") pasakė Rudolfas von Jheringas – tiesiog yra *įpareigotas* ginti savo teises; ir mechanizmas, su kurio pagalba tai įvyksta, yra teisminis procesas, kai ginčijamuoju klausimu valstybės paskirtas teisėjas priima šalis įpareigojantį sprendimą pagal objektyvios teisės normas. Žvilgsnis į Tolimųjų Rytų teisės sistemas rodo, kad šios pažiūros nėra savaime suprantamos ir kad egzistuoja visuomenės, kurios ginčams spręsti naudoja *kitokią* techniką nei procesas valstybiniame teisme. Žinoma, ir Vakarų pasaulyje yra konfliktų, kurie teismuose sprendžiami retai arba, šiaip ar taip, jų sprendimas yra problemiškas:

taip yra tarptautinėje teisėje arba kolektyvinėje darbo teisėje. Netgi ten, kur galima pasinaudoti teisminiu procesu ir jis yra veiksmingas, dalyvaujantys asmenys paprastai yra labai suinteresuoti pagal galimybę išvengti atviro mūšio teisme ir vietoj to išspręsti ginčą derybomis, kompromisu, taikiu susitarimu arba per trečiųjų teismą: taip ne tik sutaupomi pinigai, bet ir išlieka savitarpio pasitikėjimo santykis, kuris dalyvaujantiems prekybininkams arba darbo ar licencinės sutarties šalims jų ateities santykiams reiškia kur kas daugiau nei jų teisinės pozicijos pergalė. Nepaisant to išdrįstame teigti, jog Tolimųjų Rytų šalyse tokiam neformaliam susitaikinimo mechanizmui yra teikiama nepalyginamai didesnė, Vakarų stebėtojui didžiulę nuostabą sukelianti reikšmė. Kaip tik ši aplinkybė Tolimųjų Rytų teisės sistemų studijas daro įdomias. Kartu aiškėja Vakarų pasaulyje gyvuojančių pažiūrų, kurias mes pernelyg lengvai vertiname kaip savaime suprantamas, reliatyvumas laiko ir vietos atžvilgiu.

Vis dėlto abejotina, ar dėl šios priežasties reikėtų išskirti „Tolimųjų Rytų teisės šeimą“ ir jai priskirti Kinijos Liaudies Respublikos, Japonijos ir kitų Pietų Azijos valstybių teisės sistemas (taip buvo padaryta ankstesniame šios knygos leidime). Tokiam išskyrimui prieštarauja aplinkybė, kad tarp Kinijos Liaudies Respublikos ir Japonijos teisės egzistuoja gilių skirtumų. Japonija turi demokratinę konstituciją, rinka ir privatine nuosavybe pagrįstą ekonominę santvarką ir gerai išplėtotą, Vakarų pavyzdžiu pasekusią teisės sistemą. Kinijos Liaudies Respublika per paskutiniuosius 20 metų, pasibaigus „kultūrinei revoliucijai“, plėtojosi ta pačia stebėtina kryptimi ir kai kuriose ekonominio gyvenimo srityse sukūrė erdvę verslo iniciatyvai. Bet Kinija, kaip ir anksčiau, yra socialistinė šalis, kurioje politinį gyvenimą kontroliuoja partija ir valstybė, o ekonomikoje viešpatauja komandinis valdymas. Jau vien todėl būtų klaidinga abi šalis priskirti tai pačiai teisinei erdvei. Tiesa, yra nurodoma tai, jog Tolimuosiuose Rytuose galima stebėti iš konfucianistinės tradicijos kylantį teisės niekinimą ir būdingą polinkį į neteisminį ginčų sprendimą. Bet labai abejotina, kokią reikšmę ši tradicija tebeturi moderniose Kinijos Liaudies Respublikos ir Japonijos teisės sistemose. Todėl mes be gailesčio atsisakome nuo „Tolimųjų Rytų teisės šeimos“ sampratos ir Kinijos bei Japonijos teisę pateikiame atskirai.

II.

Kinijos liaudies pažiūros apie gyvenimo natūralią tvarką atsispindi konfucianizmo doktrinose, kurios padeda suprasti, kodėl Tolimuosiuose Rytuose yra prieita iki jau minėto teisės ir teisminio konfliktų sprendimo niekinimo. 551–479 m. prieš Kr. gyvenusio Konfucijaus reikšmė glūdi ne tik jo mokymo originalume; jis, priešingai, rėmėsi savojo laiko filosofiniais ir etiniais įsitikinimais, juos plėtojo ir gerino, vėliau užrašytais pokalbiais su savo mokiniais ir visų pirma – tiesiog stebinančiu asmeniniu gyvenimu mėgdžiojo savo skelbiamus idealus. Pagal tuomet Kinijoje viešpatavusias metafizines idėjas Konfucijus vadovavosi teze, kad žmonija ir dievybė, dangus ir žemė, gyvoji ir negyvoji gamta esančios vieningo, darniai sutvarkyto universumo dalys. Todėl aukščiausias žmonių tikslas turėtų būti – savo mąstymą, jausmus ir veiklą visiškai suderinti su visą kosmosą valdančia darna; ypač žmonės savo teisingu elgesiu turėtų stengtis netrukdyti natūraliai tarp jų egzistuojančių santykių hierarchijai. Normos, pagal kurias reikėjo elgtis, jei buvo norima elgtis „teisingai“, buvo vadinamos *li;* joms būdingas požymis buvo tas, jog jų turinį iš esmės lėmė socialinis statusas, kurį asmuo turėjo šeimoje, giminėje, tarp kaimynų, valdininkijos hierarchijoje, valstybėje. Tos skirtingos pozicijos,

kurias asmuo užėmė visuomenėje pagal savo amžių, lytį, profesiją, padėtį šeimoje, savo tarnybinę padėtį, socialinį prestižą visuomenėje, konfucianizmui buvo sudedamoji natūralios ir iš anksto nustatytos egzistencijos dalis, kurią reikėjo gerbti, jei nebuvo norima išvesti iš pusiausvyros pasaulio darnos. Tad *li*, kaip tinkamas elgesys, yra rūpestingai išdėstytas pakopomis pagal tai, ar konkrečioje situacijoje egzistuoja santykis tarp vadovo ir pavaldinio, tarp vyresnio ir jaunesnio, tarp kilmingojo ir paprasto piliečio, tarp giminių, tarp draugų arba svetimų, tarp tėvo ir sūnaus, vyresnio ir jaunesnio brolio, vyro ir žmonos (plg. išsamiai šiuo klausimu *Ch'Ü*, ten pat, p. 226). Pavyzdingas žmogus, pagal konfucianizmą, yra tas, kuris, įžvelgdamas natūralią pasaulio tvarką, kiekvieną elgesio taisyklę suvokia kaip būtiną ir prasmingą, laisva valia ja seka ir dėl darnos išsaugojimo atsisako savų interesų kuklumo bei nusižeminimo dvasioje.

Taip tampa aišku, jog konfucianizmas negalėjo teigiamai vertinti teisės normų ir jų teisminio gynimo. Teisėje egzistuoja ryški tendencija schematizuoti, paprastinti ir tipizuoti gyvenime besiformuojančius santykius; todėl teisėje nėra įmanoma atsižvelgti į visus niuansus, kylančius iš socialinės asmenų padėties. Pirmiausia konfucianizmas nepritaria savų teisinių pozicijų įtvirtinimui teisminiame procese. Jeigu vienas pilietis buvo tos nuomonės, jog kitas jo atžvilgiu elgėsi ne taip, kaip įpareigoja *li* normos, konfucianizmo etika moko, jog tokioje situacijoje geriau taikiomis derybomis siekti teisingos kompensacijos, nei paaštrinti atsiradusią nedarną ieškant savo teisių ar net kreipiantis į teismą. Protingesniu ir dorybingesniu elgesiu buvo laikoma konfliktinėje situacijoje nusileisti, priimti iškentėtą neteisybę ir taip įgyti nuopelnų bendruomenės bei dievybės akivaizdoje. Kas, priešingai, kreipdavosi į valstybinę ginčų sprendimo instanciją ir viešai stengdavosi padaryti bendrapiliečiui skriaudą, buvo vertinamas kaip santarvės ardytojas, kaip grubus ir nekultūringas žmogus, išsižadėjęs esminių kuklumo ir taikaus ginčų sprendimo dorybių.

Po Konfucijaus mirties 479 m. prieš Kr. ilgą laiką atrodė, jog jo doktrinos žus politinių įvykių sūkuriuose. Šalis du šimtus metų be perstojo buvo krečiama konkuruojančių teritorinių kunigaikščių kovų, ir akivaizdu, jog tokiomis sąlygomis konfucianistinis teisinis mąstymas negalėjo stiprėti. Vietoj jo tuo metu buvo laimėjusi vadinamųjų „legistų" mokykla, kuri smarkiai kovojo prieš konfucianistus ir kuri svarbiausiais klausimais buvo priešingos nuomonės. Jei Konfucijus ir jo mokiniai tikėjo, jog žmogus iš esmės esąs geras ir auklėjimu bei valdančiųjų pavyzdžiu jį galima įtikinti būtinybe elgtis dorai, „legistams" žmogus atrodė iš esmės egoistiškas, besistengiantis įgyvendinti tik savo interesus ir todėl jį reikią griežtai disciplinuoti valstybės įstatymų leidyba. Jei Konfucijus mokė, kad statuso skirtumus hierarchiškai organizuotoje visuomenėje reikia vertinti kaip aukštesnės pasaulinės darnos išraišką ir todėl jų reikia skrupulingai paisyti, „legistai" galvojo, jog prieš įstatymą visi žmonės yra lygūs ir jog žmogaus elgesį galima paveikti ne filosofinėmis doktrinomis, o griežtais baudžiamaisiais įstatymais, kuriuos įgyvendinti reikia valstybinės prievartos priemonėmis. Kai galiausiai 221 m. prieš Kr. iš ano meto karų kaip nugalėtoja išėjo *Cingų* dinastija ir Kinija pirmąkart savo istorijoje buvo valdoma vienos valdžios, atrodė, jog „legistų" idėjos iškovojo pergalę. *Cingų* dinastijos imperatoriai organizavo griežtai centralizuotą valdymo aparatą, išleido drakoniškus įstatymus, uždėjo gyventojams slegiančias prievoles, persekiojo Konfucijaus sekėjus ir degino jų raštus. Tačiau nekenčiamas *Cingų* režimas gyvavo trumpai: po atsinaujinusių karinių susirėmimų imperatoriškoji valdžia 206 m. prieš Kr. perėjo *Chanų* dinastijai, kuri kraštą valdė daugiau nei 400 metų. *Chanų* imperatoriai labai gerbė Konfucijų; jo doktrinas visur sėkmingai propagavo

daugybė po šalį keliaujančių mokinių, ir galima pasakyti, jog nuo to laiko konfucianizmas dviems tūkstančiams metų tapo pripažintu dvasiniu ir filosofiniu Kinijos valstybės pagrindu. Nuo to laiko konfucianizmo klasikų skaitiniai buvo labai svarbūs ne tik mokykloje. Ir per valstybinius egzaminus, kuriuos reikėjo išlaikyti priimant į mandarinatą, ir perkeliant į aukštesniuosius jo lygius, reikėjo gerai žinoti Konfucijaus ir jo mokinių raštus. Konfucianizmo doktrinos šalyje plito ir imperatoriaus magistratų dėka, kurie, kaip labai išsilavinę žmonės, buvo siunčiami į Kinijos provinciją ir ten atliko administracines funkcijas.

Iš konfucianizmo pergalės, be abejo, negalima daryti išvados, jog Kinijoje nebebuvo jokių įstatymų ir socialinis gyvenimas vyko pagal nerašytines *li* normas. Priešingai, konfucianizmo mąstytojai turėjo pritarti, kad socialiniuose santykiuose valstybės įstatymų vaidmuo yra menkavertis ir kokybiškai jie yra silpnesni už *li*, tačiau yra nepakeičiama žmonių elgesio reguliavimo priemonė. Todėl Kinijoje dar iki teisės unifikavimo, vėliau, valdant *Cingų* ir *Chanų* imperatoriams, jau nenutrūkstamai buvo leidžiami kodeksai. Iš senesniųjų kodeksų yra išlikę tik pavadinimai arba fragmentai ir tik iš VII amžiaus po Kr. *Tangų* dinastijos kodeksas išliko beveik visas. Pabrėžtina, jog šiuose kodeksuose buvo įtvirtintos tik baudžiamosios ir administracinės teisės normos. Paprastai tai buvo atliekama aukštu techniniu lygiu. Šeimos ir paveldėjimo teisės klausimai buvo nagrinėjami tik tiek, kiek jie buvo svarbūs baudžiamajai ir administracinei teisei, pavyzdžiui, apmokestinimui. Apie turtinės apyvartos ir prekių mainų teisę kodeksuose nėra jokios tiesioginės užuominos. Taip atsispindi konfucianizmo mokymas, jog įstatymų leidyba yra būtina blogybė, su kuria reikia taikstytis daugiausia ten, kur ypač sunkūs kosminės tvarkos pažeidimai suponuoja baudžiamąją atsakomybę, kurią užtikrina valstybė, ir kai reikia organizuoti valstybės valdymo aparatą. Net baudžiamojoje teisėje negalima nematyti konfucianistinio mąstymo įtakos. Ji pasireiškia tuo, jog bausmės dydis už žmogžudystę ir kūno sužalojimą yra rūpestingai suskirstytas (ne tik pagal nusikaltėlio motyvus ar išorinę nusikaltimo padarymo formą, bet ir) pagal socialinę nusikaltėlio ir aukos padėtį. Taigi bausmės dydis labai priklauso nuo to, ar kūno sužalojimas buvo padarytas tėvo – sūnui, vyro – savo žmonai, ar vergvaldžio – savo vergams. Buvo daromas esminis skirtumas, ar vyras žiauriai elgėsi su savo žmona, ar, atvirkščiai, žmona su juo. Jei vyresnysis brolis sumušė jaunesnįjį, jam baudžiamoji atsakomybė nebuvo numatyta, o jei jaunesnysis brolis sumušė vyresnįjį brolį, jis už tai galėjo būti baudžiamas 2,5 metų baudžiamaisiais darbais ir 90 bambuko kirčių (plg. *Bodde/Morris,* ten pat, p. 29).

Taigi jeigu senojoje Kinijoje teisinę formą turėjo tik baudžiamieji ir administraciniai įstatymai, o teisingumo sistema iš esmės buvo *baudžiamojo* teisingumo sistema, kaip gi tada, kyla klausimas, buvo sprendžiami „civiliniai" konfliktai? Pagal konfucianizmo doktrinas šioje vietoje buvo išplėtotos įvairiausios neteisminės ginčų sprendimo formos. Nesutarimus šeimoje sureguliuodavo šeimos galva, tolimesni giminaičiai arba pašaliniai asmenys, kurie dėl savo garbaus amžiaus, garbingos padėties bendruomenėje arba dėl kitų priežasčių buvo taip gerbiami, jog priimti jų siūlomą kompromisą abiem pusėms visai nereiškė nusižeminimo, savo įvaizdžio sumenkinimo. Tokio kompromiso principus šie taikintojai imdavo iš *li*, vietinių papročių bei jų gyvenimo pažinimo ir patirties. Jei šalys nepriimdavo kompromisinio siūlymo, buvo deramasi toliau, kol galiausiai tarpininkas, kuris dėl savo prestižinės padėties galėdavo daryti geroką socialinį ir ekonominį spaudimą, pasiekdavo susitarimą. Panašios procedūros buvo taikomos ir tada, kai tarp šalių nebūdavo šeimyninių ryšių, tačiau jos priklausydavo tai pačiai giminei, gyvendavo tame pačiame kaime arba kaip pirkliai priklausydavo tai pačiai gildijai:

šiais atvejais tarpininku būdavo kviečiamas vyriausias giminės atstovas, burmistras, kiti asmenys iš vietinio elito arba gildijos senjorai.

Be abejo, šalys visais šiais atvejais galėdavo kreiptis į valstybinį teismą, kuriame teisėjai buvo imperatoriaus valdininkai ir kuris veikė apygardose bei provincijose. Tačiau siekiant išvengti socialinio pasmerkimo buvo įprasta ir neišvengiama pirmiausia imtis vietinių taikinamųjų procedūrų; jei kas nenorėdavo priimti gerbiamo tarpininko kompromisinio siūlymo ir bylą norėdavo pateikti valdininkams, tam turėjo būti aišku, jog toks elgesys mažesnėje bendruomenėje, kurioje jis gyveno, bus pasmerktas. Prie to prisidėjo, kad procesas valstybiniame teisme buvo labai ilgas, brangus ir kad imperatoriaus magistratai turėjo kitais darbais apkrautų, korumpuotų asmenų bei tinginių reputaciją (plg. apie visa tai *Cohen*, ten pat).

Todėl suprantama, jog imperatoriškojoje Kinijoje tik labai maža „civilinių-teisinių“ ginčų dalis patekdavo į valstybinius teismus. Kinijos imperatoriaus vyriausybės palankiai žiūrėjo į tokią įvykių eigą. Didžioji šių ginčų dalis vietinėse bendruomenėse susireguliuodavo „savaime“, vadovaujantis tradicinėmis, pagal statusą suformuluotomis elgesio taisyklėmis, todėl sustiprėjo asmens ryšiai su jam artima socialine aplinka, o valstybinė administracija civilinėje teisėje buvo atpalaiduota nuo įstatymų leidybos ir teismų praktikos. Tik XIX šimtmečio pabaigoje padėtis pamažu ėmė keistis. Maždaug nuo 1850 metų Kinija turėjo sudaryti daug „nelygių sutarčių“ su Anglija, Prancūzija, Vokietija, Rusija ir Japonija. Pagal šias sutartis turėjo būti atidaryti uostai, prekyvietės, svetimšaliams pripažintas eksteritorialus statusas ir savas teismingumas, Kinijos imperijos pakraščiai perleisti arba „išnuomoti“; 1899 didžiosios valstybės, akivaizdžiai ruošdamosi planuotai Kinijos aneksijai, pasidalijo šios šalies teritoriją į „įtakos sferas“. Šiomis aplinkybėmis paskutiniai *mandžiūrų* imperatoriai nenoromis turėjo pripažinti, jog radikalios vidaus reformos yra neišvengiamos, jei Kinija nori išlaikyti konkurenciją su didžiosiomis Europos valstybėmis ir netapti šių valstybių imperialistinių siekių auka. Tačiau šis suvokimas atėjo pavėluotai. Kinijos imperijos bejėgiškumas užsienio politikoje, sukilimai, kurie buvo priešiški užsieniečiams, vidaus kovos tarp reformatorių ir konservatorių bei didėjantis įsiskolinimas užsienio valstybėms galiausiai privedė prie to, jog 1911-aisiais *mandžiūrų* dinastija turėjo atsisakyti sosto, o Kinijos valstybė skubiai parengtoje Konstitucijoje buvo paskelbta respublika. Žinoma, respublikos vyriausybė kitais metais buvo tik šešėlinė vyriausybė, nes didžioji šalies dalis buvo tarpusavyje kariaujančių generolų ir partijų vadų valdžioje, o apie būtinas skubias centrines reformas galvoti nebuvo galima. Tam tikras stabilumas sugrįžo tik tada, kai 1926–1928 Gomindano partijai ir jos rusišku pavyzdžiu organizuotai armijai, kuriai vadovavo Čang Kai-ši, Kinijoje pavyko nuraminti vidaus kovas ir keleriems metams atkurti ramybę. Šis laikas buvo panaudotas visos privatinės teisės kodifikacijai atlikti; Japonijos pavyzdžiu ir panaudojant jos patyrimą pirmiausia buvo remiamasi Vokietijos ir Šveicarijos teise (plg. šiuo klausimu *Bünger* ir *Ruete*, ten pat). Bet jau ketvirtąjį dešimtmetį šalis vėl buvo įstumta į karo neramumus. Pirma, tai buvo japonai, kurie 1931 metais atplėšė Mandžiūriją ir 1937 metais pradėjo centrinės Kinijos puolimą. Antra, visur prasidėjo komunistiniai sukilimai. Nors iš pradžių komunistų daliniai per vadinamąjį „ilgąjį žygį“ buvo priversti atsitraukti į šiaurinę Kiniją, tačiau kai į Kinijos komunistų pusę stojo Sovietų Sąjunga ir iš Kinijos pradėjo vyti japonų dalinius, Mao Cze-Dungo vadovaujamiems Kinijos revoliucionieriams su Raudonosios armijos daliniais prireikė tik kelerių metų, kad nacionalinės vyriausybės kariuomenę išstumtų iš žemyno. 1949 buvo įkurta Kinijos Liaudies Respublika.

III.

Vienas iš pirmųjų naujosios vyriausybės nutarimų buvo – panaikinti visą Gomindano meto įstatymų leidybą kaip „reakcingą“ ir „kilusią iš Vakarų dvasios“. Tačiau ilgus dešimtmečius, išskyrus 1950 metais priimtą santuokos įstatymą, nebuvo nieko, kas būtų pakeitę senąją įstatymų leidybą. „Liberalaus periodo“ šeštąjį dešimtmetį buvo pradėti baudžiamojo kodekso ir baudžiamojo proceso kodekso kūrimo parengiamieji darbai. Tačiau jie buvo greitai nutraukti. Kurį laiką tai buvo norima aiškinti skepticizmu, su kuriuo Mao ir ortodoksiniai partiniai kadrai į įstatymus žvelgė kaip į spontaninių visuomeninių procesų kliūtis. Tačiau 1956 metais, prasidėjus Didžiajai proletarinei kultūrinei revoliucijai, skepticizmas peraugo į atvirą priešiškumą teisei. Pagal sovietinį pavyzdį organizuotas Teisingumo aparatas visiškai subyrėjo. Tikri teisininkai buvo tie, kuriuos „revoliucinė gvardija“ persekiojo, kankino, deportavo žemės darbams į tolimas provincijas, įkalino arba žudė. Tai ypač pasakytina apie tuos teisininkus, kurie liberaliojo periodo metu pabrėžė teisės ir ekonominio plėtojimosi, kaip socialinio gyvenimo pagrindų, vaidmenį ar netgi reikalavo, kad įstatymų leidyboje būtų panaudoti tinkami užsienio teisės elementai. Apytikriai 10 metų trukusi „kultūrinė revoliucija“ po Mao mirties ir vadinamosios keturių grupės gaujos suėmimo 1976 metais baigėsi. Partijos galva tapo Deng Ksiaopingas, ir nuo to laiko racionalios teisinės tvarkos idėja išgyvena puikų renesansą (apie tai vykusios diskusijos detales *Münzel*, p. 18).

Jau devintojo dešimtmečio pradžioje buvo išleisti baudžiamasis kodeksas ir baudžiamojo proceso kodeksas, paskui Teismų santvarkos įstatymas ir galiausiai – civilinio proceso kodeksas, kuris įsigaliojo 1982 metais, o 1991 m. buvo papildytas (šiuo klausimu plg. *Münzel* RabelsZ 47 [1983] 78 su vertimu). Greta to, be abejo, tebėra gyvos senosios konfliktų sprendimo tradicijos – sutaikinimas ir kompromisas. Jas valstybė netgi naudoja įsteigdama daugybę liaudies komitetų ir panašių tarpininkavimo tarnybų. Jos teismams nurodė kiekvienu tinkamu atveju arba patiems bandyti sutaikinti šalis, arba tam tikslui nukreipti bylą į minėtas taikaus ginčo sprendimo tarnybas. 1981-aisiais buvo išleistas *Ūkinių sutarčių* įstatymas. Juo buvo nustatytas sutarčių tarp valstybinių arba kooperatinių įmonių teisinis reguliavimas. 1985 metais įsigaliojo paveldėjimo tvarkos įstatymas, 1982-aisiais buvo kodifikuota prekių ženklų, o 1984 – patentų teisė. 1986 metais buvo išleistas netgi Bankroto įstatymas (plg. šiuo klausimu *Chang* ir *Xiaohua* atsp. Harv.Int.L.J 28 [1987] 333 ir 374).

Šiems ir daugeliui kitų devintąjį dešimtmetį Kinijoje išleistų civilinės teisės įstatymų buvo suteiktas pamatas priimant „Civilinės teisės pagrindus“, kurie įsigaliojo 1987 metų sausio 1 dieną.

Po kelių įvadinių nuostatų 1 skyriuje, paskui 2 skyriuje pavadinimu „pilietis“ yra gvildenami tokie teisės institutai, kaip veiksnumas, globa ir paskelbimas mirusiu. Toliau – fizinių asmenų, kurie pavieniui arba kartu su kitais dalyvauja sandoriuose, statusas. 3 skyriuje („Juridiniai asmenys“) yra įtvirtintos bendrosios juridinių asmenų teisnumo įgijimo nuostatos. 4 skyriuje nagrinėjami sandoriai ir ypač jų negaliojimas arba nuginčijamas dėl jų prieštaravimo imperatyviniams įstatymo reikalavimams arba viešajam interesui, taip pat sandoriai, sudaryti esminio suklydimo įtakoje, apgaulės, grasinimo atvejais arba išnaudojus susiklosčiusias sunkias aplinkybes. Išsamiai sureguliuotas ir atstovavimo institutas. 5 skyriuje yra įtvirtintos valstybinės ir privatinės nuosavybės apsaugos, sutarčių įvykdymo ir sutarčių įvykdymo užtikrinimo (įkeitimas ir laidavimas) nuostatos. 8 skyriuje nustatomas atsakomybės dėl sutarčių neįvykdymo ir dėl žalos padarymo teisinis reguliavimas, 9 skyriuje – tarptautinė privatinė teisė. Palyginkime šiuo klausimu išsamiai rašiusius *Zheng* ir *Epstein*,

ten pat; toliau *Xie Huaishi*, veikale: Int.Enc.Comp.L.Vol.7 Ch. 6 (1992), p. 67 ir kt. Šių Civilinės teisės pagrindų vertimas, kurį padarė *Gray/Zhengas*, yra atspausdintas Am.J.Comp.L. 34 (1986) 715. Kinų vadovėlis, kurio objektas yra šie Civilinės teisės pagrindai, yra išverstas ir į anglų kalbą, palyginkime *Jones*, ten pat.

Paskutiniaisiais metais Kinijos vadovybė vis aiškiau suprato, kad produktyvumo didinimas, kuris būtinas milžiniškam ir vis dar tebeaugančiam Kinijos gyventojų skaičiui, gali būti pasiektas tik tada, jeigu plačiame ekonominės veiklos sričių spektre bus sumažinta valstybinė reglamentacija ir ūkinės veiklos iniciatyvos laisvė suteikta privatiems asmenims. Pirmiausia tai įvyko žemės ūkyje, kai valstiečiams buvo leista tiesiogiai parduoti dalį produkcijos, todėl miestuose ir kaimuose atsirado daugybė prekyviečių didmeninei ir mažmeninei prekybai. Atskiriems asmenims ir asmenų grupėms yra leista savo sąskaita užsiimti profesine veikla, mažmeninės prekybos verslu, plėtoti statybos ir pervežimo įmones, sudaryti darbo sutartis su nepriklausančiais šeimai asmenimis bei nuomos ir rentos sutartis, imti paskolas bei pasirašinėti vekselius. Taip pat laipsniškai buvo susilpninta ir valstybinių bei kooperatinių įmonių valstybinė priežiūra; pradeda plėtotis kapitalo, butų, valiutų rinka. Be abejo, aišku, jog valstybės vadovybė „joja ant tigro". Kai kuriuose sektoriuose ekonomika plėtojama pernelyg greitai. Daug rūpesčių kelia infliacija, korupcija ir bėgimas iš šalies, kaip ir demonstratyviai rodomas turtingumas tų, kurie naujuosius santykius išnaudojo savo naudai.

Šiandien Kinijoje yra pripažinta, kad ekonominei šalies plėtrai reikia solidžios teisinės infrastruktūros, ir tai įrodo daugybė devintąjį dešimtmetį priimtų įstatymų, kuriuos rengiant iš dalies buvo panaudota užsienio patirtis. Kitas klausimas, ar šios teisinės nuostatos iš tiesų žmonių elgesį veikia taip, o valdymo institucijos bei teismai jas taiko taip, kaip tai pernelyg greitai, kaip savaime suprantamą dalyką, priima Vakarų stebėtojas. Konkrečių faktų apie tai yra žinoma mažai; be abejo, pernelyg anksti yra priimti pagrįstą sprendimą, nes naujieji įstatymai galioja tik kelerius metus, ir labai trūksta visuotinai prieinamų teismų sprendimų bei valdymo institucijų aktų. Kai kurie stebėtojai mano, jog teisė Kinijoje be *politinės* sistemos reformos nepasieks to kokybinio lygio, prie kurio esame įpratę Vakarų pasaulyje:

> No greater autonomy is likely to be granted to law without extensive political reform, and the events of Juny 1989 are only most dramatic and tragic demonstration of the hostility of China's leaders to such reform. In the absence of fundamental political reform that would validate abandonment of the reigning ideology, Chinese law is likely ... to remine an assortment of disparate institutions lacking some of the elements that Western ideals take as essential in a meaningful formal legal system such as a hierarchy of sources of law, differentiation from other organs of state powers, procedural regularity and control of discretion in decision – making, and adherence to professional values among the officials in the system (*Lubman*, ten pat, 319).

21. JAPONIJOS TEISĖ

Baum, Rechtsdenken, Rechtssystem und Rechtswirklichkeit in Japan, RabelsZ 59 (1995) 258; *Baum/Drobnig* (Leidėjas), Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (1994); *Beer/Tomatsu*, A Guide to the Study of Japanese Law, Am.J.Comp.L. 23 (1975) 284; *Blakemore*, Post-War Developments in

Japanese Law, Wisc.L.Rev. 1947, 632; *Eubel* ir kt., Das japanische Rechtssystem, Ein Grundriss mit Hinweisen und Materialien zum Studium des japanischen Rechts (1979); *Haley*, Authority Without Power, Law and the Japanese Paradox (1991); *Henderson*, Conciliation and Japanese Law, Tokugawa and Modern, 2 tomai (1964); *Henderson/Haley*, Law and the Legal Process in Japan, 2 tomai (1988); *Henderson/Torbert/Xie*, Contract in the Far East – China and Japan, Int.Enc.Comp.L.Vol. 7 Ch. 6 (1992); *Igarashi*, Einführung in das japanische Recht (1990); *Ishimoto*, L'influence du Code civil français sur le droit japonais, Rev.int.dr.comp. 6 (1954) 744; *Kim/Lawson*, The Law of the Subtle Mind: The Traditional Japanese Conception of Law, Int.Comp.L.Q. 28 (1978) 491; *Kitagawa*, Das Methodenproblem in der Dogmatik des japanischen bürgerlichen Rechts, AcP 166 (1966) 330; *to paties autoriaus*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan (1970); *Lee*, Die Rezeption des europäischen Zivilrechts in Ostasien, ZvglRWiss 86 (1987) 158; *Llompart*, Japanisches und europäisches Rechtsdenken, Rechtstheorie 16 (1985) 131; *von Mehren* (Leidėjas), Law in Japan, The Legal Order in a Changing Society (1963); *Menkhaus* (Leidėjas), Das Japanische im japanischen Recht (1994); *Murakami*, Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts (1974); *Noda*, The Far Eastern Conception of Laws, Int.Enc.Comp.L.Vol. 2, Ch. 1 (1975); *to paties autoriaus*, Introduction to Japanese Law (1987); *Oda*, Japanese Law (1992); *Oki*, Schlichtung als Institution des Rechts, Ein Vergleich von europäischem und japanischem Rechtsdenken, Rechtstheorie 16 (1985) 151; *Rahn*, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan (1990); *Röhl*, Fremde Einflüsse im modernen japanischen Recht (1959); *Rokumoto*, Juristen und zivilrechtliche Streitigkeiten in Japan, Die Problematik der Verkehrsunfälle, Recht in Japan 3 (1980) 47; *to paties autoriaus*, Tschotei (Schlichtung), Eine japanische Alternative zum Recht: Verfahren, Praxis und Funktionen, Jb. für Rechtssoziologie 6 (1980) 390; *Stevens*, Modern Japanese Law as an Instrument of Comparison, Am.J.Comp.L. 19 (1971) 665; *Tanaka*, The Japanese Legal System (1976).

I.

Japonija, lygiai kaip Korėja bei Indokinija, labai anksti pateko į labiau išsivysčiusios Kinijos kultūrinę įtaką. Maždaug V amžiuje po Kr. į Japoniją atėjo kinų raštas, kitame amžiuje – budizmas. VII ir VIII a. Japonijos monarchai buvo entuziastingi kinų dvasinio gyvenimo gerbėjai; jie buvo susipažinę su kinų literatūra ir menu, priėmė budizmo religiją ir Kinijos pavyzdžiu reorganizavo savo valstybę – sukūrė apmokamų valdininkų hierarchinę struktūrą ir išplėtė savo galias pagal tai, kokias galias turėjo Kinijos imperatoriai, t.y. sukūrė vienasmenį valdymą. Pirmieji mus pasiekę japonų įstatymai yra labai panašūs į *Tangų* dinastijos Kinijoje įstatymus.

Neribota Japonijos mikadų vykdomoji valdžia, be abejo, negalėjo ilgai išsilaikyti prieš galingus teritorinius kunigaikščius. Maždaug nuo XII a. imperatoriai liko šešėlyje; realią valdžią turėjo siogūnas, kuris buvo karališkosios kariuomenės vadas ir kuris atokiuose nuo liaudies rūmuose valdė svajonėse paskendusio mikado vardu. Šalies galingieji nuolatiniais karais bandė išsikovoti siogūnatą ir padaryti jį paveldimu savo šeimai. Japonijoje iki XVI a. pabaigos nebuvo jokio bent kiek ilgesnio vidinės taikos periodo. Tik siogūnų *Tokugavų* dinastijos laikais (1603–1679) vidaus santykiai stabilizavosi, šalies socialinė struktūra turėjo griežtai feodalinį-luominį pobūdį: socialinės hierachijos apačioje buvo amatininkai ir pirkliai, pakopa aukščiau – valstiečiai, kurie nuomojo žemę iš feodalinių ponų ir kurie turėjo mokėti didelę

duoklę, dar aukščiau – daugiausiai iš samurajų luomo kilę dvasininkai, gydytojai ir mokslininkai, taip pat kunigaikščių ir siogūno, kaip vyriausiojo kariuomenės vado, kareiviai ir valdininkai. Šią visuomenės luominę struktūrą geriausiai atitiko socialinė filosofija – konfucianizmas, kuris buvo pritaikytas Japonijos santykiams ir įsivyravo *Tokugavų* valdymo metais. Nors ilgainiui išsivystė racionali teismų sistema, „civiliniai-teisiniai" ginčai, panašiai kaip Kinijoje, daugiausiai buvo sprendžiami neteisminėmis taikinamosiomis procedūromis konkrečios socialinės grupės viduje (palyginkime išsamiai šiuo klausimu *Henderson*, ten pat, I tomas).

Tokugavų-siogūnų politika buvo skirta imperijai uždaryti nuo išorinio pasaulio: nė vienas japonas negalėjo išvažiuoti iš šalies, nė vienas užsienietis – įžengti į Japonijos žemę. Ši nuostata nebuvo taikoma kinams, su kuriais buvo palaikomi prekybiniai ryšiai; taip pat olandams – dėl prekių mainų, kartu imantis griežtų saugumo priemonių, buvo leista įplaukti į uostus. Laipsniškai imta domėtis Europos mokslu: XVIII šimtmečio pradžioje buvo palaisvintas draudimas įvežti Vakarų knygas, o pirmosios industrinės gamybos formos (geležies gamyboje ir laivų statyboje) ypač rėmėsi vakarietiška technika. Europos interesas prekybai su Japonija augo daug sparčiau, o XIX a. jis buvo toks didelis, jog siogūnų izoliacija ilgai neišsilaikė. 1853 m. amerikiečiai savo norą užmegzti prekybinius santykius išreiškė gana drastišku būdu – jie pasiuntė savo karo laivyną į Japonijos pakrantes, ir tai paskatino siogūną sudaryti „nelygias sutartis" iš pradžių su Jungtinėmis Valstijomis, o vėliau su Anglija, Rusija ir Olandija, kuriose buvo numatyta, kad nustatytuose miestuose užsieniečiams leidžiama turėti gyvenamąją vietą, užsiimti prekyba ir išlaikyti konsulines atstovybes. Tokia siogūno politika Japonijoje, be abejo, sukėlė aistringą opoziciją, kurios šaltiniai buvo neapykantos jausmas užsieniečiams ir vis stiprėjantis noras likviduoti siogūnatą. Kai iš savo užsidarymo išėjo Japonijos imperatorius ir tapo opozicinės grupės lyderiu, reikėjo tik poros metų, kad siogūno padėtis būtų pakirsta taip stipriai, jog jis 1867-aisiais turėjo atsistatydinti ir visą vykdomąją valdžią atiduoti į imperatoriaus rankas. Aišku, pastarojo patarėjai suprato, kad valstybės interesams reikia glaudžių santykių su kitomis tautomis ir pasimokyti iš jų technikos bei mokslo pranašumų. Ši samprata greitai įsitvirtino konservatyviuose vadovybės sluoksniuose; ji privedė prie to, jog per keletą dešimtmečių atsilikusi feodalinė valstybė, žinoma, laikydamasi savo patriarchalinės socialinės struktūros, virto absoliutine monarchija, pagal Europos pavyzdį modernizavo savo kariuomenę ir administraciją, perėmė Vakarų pasaulio techniką ir galiausiai 1889 metais paskelbė naują konstituciją, pagal kurią Japonija, Prūsijos pavyzdžiu, tapo konstitucine monarchija. Be abejo, visi sprendžiamieji įgaliojimai buvo palikti imperatoriui, juolab kad rinkimuose į Žemuosius parlamento rūmus teisę dalyvauti turėjo apie 2 procentai labiausiai pasiturinčių šalies piliečių ir Aukštesniųjų parlamento rūmų nariais galėjo tapti tik tie asmenys, kurie gimimo faktu arba pagal imperatoriaus paskyrimą buvo kilmingieji.

Pagal „nelygias sutartis" Japonija pripažino, jog užsienio valstybių piliečių civilinės ir baudžiamosios bylos yra teismingos ne Japonijos, o tų valstybių konsuliniams teismams. Siekdami pašalinti šią diskriminuojamą normą, japonai jau nuo pat pradžių ypač buvo suinteresuoti pertvarkyti savo teisinę sistemą europietišku pavyzdžiu. Tam tikslui jie pasikvietė Paryžiaus profesorių Boissonade'ą ir pavedė jam parengti baudžiamojo kodekso ir baudžiamojo proceso kodekso projektus. Kai Boissonade'as įvykdė šią užduotį, o jo projektai, kurie buvo smarkiai orientuoti į Prancūzijos teisę, 1880 metais įsigaliojo kaip įstatymai, jis atsidėjo civilinio kodekso rengimui; maždaug tuo pačiu metu vokiečių profesoriui Roesleriui buvo pavesta parengti Prekybos teisės kodekso projektą. Išskyrus japonų komisijos suredaguotą šeimos ir paveldėjimo teisę, Boissonade'o projektas rėmėsi Prancūzijos CK; kartu su Roeslerio paruoštu preky-

bos kodekso projektu 1890-aisiais jis buvo pateiktas Japonijos parlamentui ir turėjo įsigalioti 1893 metais. Tačiau parlamente abiem projektams buvo smarkiai pasipriešinta. Kai kurie peikė, jog civilinio kodekso projektas yra pernelyg vienpusiškai paveiktas Prancūzijos teisės ir turėtų turėti platesnį lyginamąjį teisės pamatą; kiti manė, jog dar nėra pribrendęs laikas turėti tokį kodeksą ir reikėtų kur kas labiau atsižvelgti į tradicinius japonų teisės institutus. „Kodifikacijos ginčas" pamažu išsiplėtė iki bendro pobūdžio diskusijos tarp konservatorių bei progresyvistų ir galiausiai baigėsi tuo, jog buvo priimtas siūlymas atidėti abu kodeksų projektus. Parengti kodeksą buvo pavesta trijų japonų profesorių komisijai. Ši komisija 1896–1898 m. pateikė projektą, kuris šen bei ten išdavė Prancūzijos teisės ir bendrosios teisės įtaką, tačiau kurio struktūra ir turinys esmingai rėmėsi abiem tuometiniais Vokietijos civilinio kodekso projektais. Tik šeimos ir paveldėjimo teisėje kodeksų kūrėjai perėmė daug japonų teisinių pažiūrų, ypač vadinamąją „šeimos sistemą".

Sunku pasakyti, kodėl rengiant Japonijos civilinį kodeksą švytuoklė galiausiai taip aiškiai nusviro Vokietijos teisės naudai. Didelę reikšmę, be abejo, turėjo tai, jog Vokietijos civilinis kodeksas tuomet galėjo būti vertinamas kaip brandžiausias kontinentinio įstatymų leidybos meno kūrinys; be to, jau buvo išryškėję tam tikrų Prancūzijos CK techninių trūkumų. Japonų negąsdino tai, jog Vokietijos kodeksas buvo parengtas labai moksliškai ir pasižymėjo teisine terminija. Priešingai, kaip parodė tolesnė plėtra, japonų teisės mokslui yra būdingas polinkis į sisteminį ir teorinį mąstymą, todėl Vokietijos kodifikacija jam buvo artima. Prie to galbūt prisidėjo ir tai, jog Vokietijos civilinis kodeksas buvo Vokietijos imperijos kodeksas, sukurtas egzistuojant tokiems politiniams santykiams, kurie tuometiniams labai konservatyviems Japonijos vadovybės sluoksniams turėjo pasirodyti labai simpatingi.

1898 m. įsigaliojo Japonijos civilinis kodeksas, o metais vėliau – Prekybos kodeksas, kuris taip pat buvo vokiškojo analogas. Teismų santvarka ir procesas civilinėse bylose įstatymo forma buvo sureguliuoti pagal Vokietijos pavyzdį; 1890 metų Japonijos civilinio proceso kodekso ištisos dalys yra ne kas kita kaip pažodinis vokiško kodekso vertimas. Todėl neturi stebinti tai, jog ir japonų civilinės teisės doktrinai impulsą davė Vokietija; netgi buvo pasakyta, kad iki Pirmojo pasaulinio karo pabaigos ši įtaka buvusi tokia stipri, jog „Japonijos teisėje buvo galima įžvelgti ištikimą vokiečių teisės mokslo atvaizdą" (*Kitagawa* AcP 166 [1966] 330).

Po Antrojo pasaulinio karo Japonijos teisei lemtingą įtaką padarė bendroji teisė, ypač Šiaurės Amerikos šalių teisė. Naujoji 1946 metų Japonijos konstitucija yra pagrįsta amerikiečių teisiniu mąstymu tuo požiūriu, jog joje yra smarkiai sustiprinta teisminė valdžia ir įtvirtintas pagrindinių teisių bei laisvių katalogas, kurio normas teismai taiko tiesiogiai. Ir Baudžiamojo proceso teisė 1949 m. visiškai buvo pertvarkyta pagal Amerikos pavyzdį. Buvo pakeistos netgi kai kurios Civilinio proceso kodekso normos, kad apribotų teisėjo, kaip proceso šeimininko, padėtį ir didesnę laisvę suteiktų šalių bei jų advokatų iniciatyvai. Imperatyvinė konstitucijos norma dėl vyro ir moters teisių lygybės suponavo neišvengiamą esminį šeimos ir paveldėjimo teisės Civiliniame kodekse atnaujinimą. Todėl buvo atsisakyta senosios japonų „šeimos sistemos". Spaudžiant okupacinei valdžiai dėl ekonomikos demokratizacijos buvo priimtas griežtas „antimonopolinis" įstatymas; toliau buvo priimti Amerikos pavyzdžiu paruošti Akcijų įstatymas ir įstatymai, kurių tikslas – kontroliuoti su biržomis ir vertybiniais popieriais susijusius santykius. Kontaktas su angloamerikiečių teisiniu mąstymu privedė prie to, jog ir japonų teisės moksle įvyko metodinis persiorientavimas. Prieškaryje gyvavęs grynai dogmatinis anali-

zės būdas šiandien yra smarkiai susilpnėjęs; vietoj to japonų teisės moksle vis dažniau atliekami tyrimai, kurių objektas yra teisės ir socialinės tikrovės tarpusavio santykis ir atskirų teisės institutų praktinis funkcionavimas. Tokius tyrimus skatina ir įžvalga, jog teisės normos, net jei jos atėjusios iš užsienio, Japonijoje turi būti interpretuojamos ir taikomos taip, kad atitiktų šalyje egzistuojančių santykių specifiką ir gyventojų vertybines preferencijas. Todėl japonų teisės mokslas paskutiniaisiais metais vis labiau išsilaisvino nuo jo susiformavimą paveikusių pavyzdžių ir išplėtojo savarankiškumo savimonę.

Tai, kas yra pasakyta, atitinka *Oda*, p. 3: pagrįstai iškeltas prieštaravimas teiginiui, kad Japonijos teisę kartu su Kinijos teise reikia priskirti vienai Tolimųjų Rytų teisės šeimai. Pats *Oda* yra tos nuomonės – *that Japanese law is part of the Romano-Germanic family of law, with some elements of American law*. Be abejo, ir dėl to galima ginčytis. Iš esmės ir čia paaiškėja, kad teorija apie teisės šeimas veda prie milžiniškų supaprastinimų ir todėl neturėtų būti priimama labai rimtai. Išsamią informaciją apie japonų teisės plėtojimąsi ir padėtį galima rasti rinkinyje *Law in Japan, The Legal Order in a Changing Society* (Leidėjas: *von Mehren*, 1963), kuriame japonų autoriai, padedami amerikiečių patarėjų, daro pranešimus apie moderniąją konstitucinę, baudžiamąją, šeimos ir ūkinę teisę. Iš naujesnės literatūros palyginkime ypač *Oda*, Japanese Law (1992) ir *Baum/ Drobnig* (Leidėjas), Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Japonijos prekybos ir ūkinė teisė (1994), pastarajame leidinyje ir Baumo sudarytą bei komentuotą naujesniosios literatūros apie japonų teisę Vakarų kalbomis bibliografiją.

II.

Aprašytoji Japonijos teisės raida kai kuriems skaitytojams, be abejonės, bus kėlusi klausimą, ar iš tiesų tie gausūs tarp 1890 ir 1900-ųjų perimti įstatymai Japonijos teisinėje dirvoje įleido šaknis, ar jie tapo „gyvąja teise" ir ar jie praktikoje yra taikomi kaip ir Vakarų šalyse. Realiai tarp socialinio modelio, kuris buvo receptuotų kodeksų pagrindas, ir prasidedančios *Meidzi* eros Japonijos visuomenėje buvo žymių skirtumų. Vakarų Europoje tuomet viešpatavo liberalizmas, vadovavęsis atsakomybe veikiančiam individui, kuris nepriklausomai nuo tradicinių visuomeninių ir religinių autoritetų pats yra pajėgus tvarkyti savo likimą. Ir ekonominėje srityje kiekvieno asmens iniciatyvą liberalizmas matė kaip varomąją pažangos jėgą, o garantuodama sutarčių ir bet kokio elgesio su nuosavybe laisvę, teisės sistema turėjo sukurti verslininkui būtiną judėjimo erdvę. Toks individualizmas japonų visuomenei buvo svetimas. Pernelyg skubus valstybinės administracijos modernizavimas, greitas užsienio techninių žinių ir įgūdžių perėmimas bei didžiulė teisės institutų recepcija anaiptol nesuardė tų socialinių ryšių, kurie kilo iš atskiro žmogaus tradicijos bei jo padėties šeimoje, giminėje ar kaimo bendruomenėje. Amatininkui ir pirkliui tai kilo iš jo priklausomybės gildijai, valstiečiui – iš jo santykio su žemės sklypo savininku. Japonijoje per keletą dešimtmečių išsiplėtojo klestinti pramonė. Tačiau tai įvyko ne dėl atskirų, tarpusavyje konkuruojančių verslininkų energijos ar noro rizikuoti. Atvirkščiai, šią pramonę įkūrė imperatoriškoji administracija, turėdama tikslą pagreitinti ekonominį augimą, o paskui ją atidavė teritoriniams kunigaikščiams – lyg kompensaciją už prarastą politinę įtaką. Šalies socialinėje struktūroje iš pradžių industrializacija nesukėlė didelių pokyčių: vietoj feodalinių privilegijų atsirado kapitalistinės; iš feodalinių kunigaikščių patriarchalizmą perėmė įmonių savininkai.

Šiomis aplinkybėmis yra akivaizdu, jog ir XX amžiuje praktinė receptuotų įstatymų reikšmė Japonijos teisinėje tikrovėje liko labai menka. Konfucianistinėje tradicijoje įsišaknijęs nusigręžimas nuo viešo ginčų iškėlimo kreipiantis į valstybinį teismą visuose gyventojų sluoksniuose, ypač tarp valstiečių, išliko toks stiprus, jog tomis teisinėmis pozicijomis, kurias suteikė nauji įstatymai, kreipimusi į teismą naudojosi tik nedidelis gyventojų skaičius. Vietoj to, kaip ir anksčiau, vyravo ankstesniosios taikaus tarpininkavimo formos, o aplinkybė, jog rašytinė teisė ir valstybinis teismo procesas nebuvo plačiai naudojami, galėjo prisidėti prie to, kad japonų teisės mokslas iki Antrojo pasaulinio karo labai kruopščiai stengėsi susipažinti, nors ir nevaisingai, su pandektinių sisteminių terminų menu.

Reikėtų manyti, jog tradicinis polinkis į neteisminį ginčų sprendimą šiandienos sąlygomis ima silpnėti. Yra daug tokio proceso požymių. Vis dėlto Vakarų stebėtojas su nuostaba konstatuoja, kaip, nepaisant visų pokyčių, Japonijoje atkakliai laikomasi senų papročių. Šeimos narių ginčai, kaip ir anksčiau, daugiausiai sprendžiami vidinių procedūrų pagalba – nesikreipiant į teismus. Pavyzdžiui, įprasta, jog jau prieš santuokos sudarymą abi sužadėtinių tėvų šeimos suranda tarpininką, kuris padeda visais su santuokos sudarymu susijusiais klausimais, būna liudytoju jungtuvėse. Šiam asmeniui yra patikėta užduotis – taikinti ir ieškoti kompromisų ateityje galintiems atsirasti nesutarimams tarp sutuoktinių arba tarp sutuoktinių ir jų tėvų šeimų. Santuokai nutraukti labai retai reikia teisminio proceso ir priimti santuoką nutraukiantį teismo sprendimą, nebent tais atvejais, kai sutuoktiniai nesutaria dėl santuokos nutraukimo ir tokio susitarimo nepasiekiama taikinimo procedūroje, kuri turi būti atlikta prieš nutraukiant santuoką teisme. Jei toks susitarimas yra, santuokos nutraukimas galioja, kai tik sutuoktiniai civilinės metrikacijos biurui praneše apie savo bendrą valią nutraukti santuoką. Susitarimus dėl santuokos nutraukimo *pasekmių*, taigi dėl turto padalijimo, dėl alimentų mokėjimo pareigos ir vaikų priežiūros teisės padalijimo išsidera tarpininkai ir sutuoktinių giminės bei draugai, o blogiausiu atveju tai atliekama jau minėtoje ikiteisminėje taikinimo procedūroje; advokatų vaidmuo šiuose klausimuose nėra svarbus. Ir kaimynų ginčus arba ginčus tarp nuomos sutarties šalių stengiamasi sureguliuoti draugišku susitarimu. Eismo nelaimių atvejais nukentėjusysis arba likę jo artimieji neteisminio proceso atveju dažnai naudojasi specialių taikinimo tarnybų *(Schlichtungsstellen)* arba patyrusio trečiojo asmens paslaugomis (plg. *Oda*, p. 85); tai gali būti į pensiją išėjęs policininkas, už eismo nelaimės sukeltų teisinių pasekmių kompensavimą atsakingas nukentėjusiojo firmos darbuotojas, profsąjungos veikėjas arba gerbiamas verslininkas su tinkama profesine patirtimi (plg. apie tai *Rokumoto*, ten pat). Ten, kur iškyla kliūčių sutarčių įvykdymui, kelias į teismą yra vertinamas kaip *ultimum remedium*, nes priimdamas sprendimą teisėjas gali neatsižvelgti į daugelį sunkiai įvertinamų veiksnių, kurie konkrečiai sutarčiai duoda specifinį atspalvį: į sutartį sudariusių įmonių reikšmę, dydį, amžių ir reputaciją, į abipusių verslo santykių trukmę ir pobūdį, į konkrečią sutarties šalių ekonominę situaciją ir į daug ką kita. Teisėjas turi taikyti abstrakčią, beasmenę ir schematišką normą; dažniausiai jis negali spręsti kitaip, nei priimdamas „viskas arba nieko" sprendimą – pripažinti vienos šalies teisumą ir kitos neteisumą. Sutarties šalių Japonijoje supratimu tai yra grubus, net brutalus procesas. Greta to reikia pamąstyti, ar anksčiau pasitaikius progai viena šalis nepadarė kitai kokios nors malonės ir todėl gali tikėtis atsakomosios paslaugos. Japonų pažiūrą atitinka tai, jog tas asmuo, kuriam, esant tam tikrai situacijai, yra padaryta paslauga arba suteikta pirmenybė, turi grąžinti „dėkingumo" skolą, dėl kurios grąžinimo negalima pareikšti ieškinio ir negalima kategoriškai reikalauti ją grąžinti, tačiau vis dėlto galima jos tikė-

tis, nes tai atitinka nerašytinę, tačiau socialinę-etinę moralaus elgesio normą. Todėl Vakarų verslininkai, bendraudami su japonų partneriais, daro gerai, kai imdamiesi darbo su japonų partneriais jie elgiasi taktiškai, subtiliai, delikačiai ir supranta, kad Japonijoje egzistuoja nematomos sąskaitos, į kurias yra įrašomos pretenzijos ir skolos (plg. šiuo klausimu *Rah,* atspausdinta: *Baum/Drobnig*, p. 9 ir kt. su tolesnėmis nuorodomis).

Jei derybų ar trečiųjų tarpininkavimu nepavyksta pasiekti susitarimo, tai nereiškia, jog kontradikcinis procesas prieš valstybinį teisėją nuo šiol yra neišvengiamas. Priešingai, Japonijos teisė šalims siūlo pasirinkti ypatingą, įstatymu sureguliuotą taikinimo procesą. Paskui turintis teisę nagrinėti bylą teismas vienos iš šalių prašymu gali paskirti taikinamąją komisiją, kuriai priklauso du ar daugiau tarėjų. Jiems formaliai pirmininkauja vienas teisėjas. Ši taikinamoji komisija pakviečia visus ginče dalyvaujančius asmenis, juos išklauso ir skatina šalis draugiškai susitarti. Jeigu šis bandymas žlunga, nuo šiol gali būti pareikštas ieškinys; tačiau nesėkmingas taikinamasis procesas, nekreipiant dėmesio į kai kurias bylas šeimos teisėje, nėra būtina ikiteisminė stadija ieškiniui pareikšti. Praktikoje taikinamasis procesas yra labai svarbus, juo labiau kad teismai dažnai naudoja galimybę nutraukti teisminį procesą ir nukreipti bylą taikinamajai komisijai.

Be abejo, negalima pernelyg perdėti japonų polinkio taikiam ginčų sprendimui. Kai kurie Japonijos žinovai tariamą japonų teisminio proceso baimę laiko mitu. Nors jie neneigia, kad Japonijoje teisminių bylų yra daug mažiau nei Federacinėje Vokietijoje arba bet kurioje kitoje Vakarų pasaulio pramoninėje šalyje. Tačiau tai jie aiškina ne žmonių elgesį veikiančia konfucionizmo įtaka (tokia yra *Noda* ir *Kawashima* nuomonė, atspausdinta: *von Mehren*, p. 43), o tuo, kad Japonijos teismų sistema jau seniai yra labai perkrauta bylomis ir kad teisėjų bei advokatų skaičius palyginus su kitomis šalimis yra kur kas mažesnis. Todėl procesai pirmosios instancijos teisme neretai tęsiasi daugelį metų ir jau vien dėl šios priežasties pirmenybė yra teikiama taikinamajam procesui arba kitoms neteisminio ginčų sprendimo formoms (plg. šiuo klausimu [su statistiniais duomenimis] *Oda*, p. 86 ir 94). Taip pat nurodoma tai, jog Japonijoje per paskutiniuosius kelerius metus ypač aplinkosaugos ir atsakomybės už nekokybiškais produktais padarytą žalą srityse vyko teismo procesai, kuriuose tūkstančiai ieškovų ir visuomenė taip temperamentingai ir aistringai dalyvavo, jog kitose šalyse analogų sunku rasti.

Žr. *Haley*, The Myth of the Reluctant Litigant, J. of Japanese Studies 4 (1978) 359; *Tanaka*, The Role of Law in Japanese Society: Comparisons with the West, U. B.C.L.Rev. 19 (1985) 375; *Oki; Oda* p. 87; *Ramseyer*, Reluctant Litigant Revisited; Rationality and Disputes in Japan, J. of Japanese Studies 14 (1988) 111.

VI. RELIGINĖS TEISĖS SISTEMOS

22. ISLAMO TEISĖ

Afchar, The Muslim Conception of Law, Int.Enc.Comp.L.Vol. II Ch. 1 (1975); *Amin*, Islamic Law in the Contemporary World (1985); *to paties autoriaus*, Middle East Legal Systems (1985); *Anderson*, Law Reform in the Muslim World (1976); *to paties autoriaus*, The Significance of Isla-

mic Law in the Modern World, Am.J.Comp.L. 9 (1960) 187; *to paties autoriaus*, Islamic Familiy Law, Int.Enc.Comp.L.Vol. 4 Ch. 11 III (1969); *Bade*, Islamic Law: Its Relation to other Legal System, Am.J.Comp.L. 26 (1978) 187; *Bergsträsser*, Grundzüge des islamischen Rechts (Leidėjas: Schacht, 1935); *Charles*, Le droit musulman (1972); *Chehata*, Études du droit musulman (1971), *Coulson*, Islamic Law, veikale: An Introduction to Legal Systems (Leidėjas: Derrett, 1968) 54; *to paties autoriaus*, A History of Islamic Law (1978); *to paties autoriaus*, Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence (1969); *Fyzee*, Outlines of Muhammadan Law (1974); *to paties autoriaus*, A Modern Approach to Islam (1981); *Hill*, Comparative and Historical Study of Modern Middle Eastern Law, Am.J.Comp.L 26 (1978); *Khoja*, Elements of Islamic Jurisprudence (1977); *Liebesny*, The Law of the Near and Middle East, Readings, Cases and Materials (1975); *Linant de Bellefonds*, Traité de droit musulman comparé, 3 tomai (1965–1973); *Ramadan*, Das islamische Recht, Theorie und Praxis (1980); *Schacht*, An Introduction to Islamic Law (1964); *to paties autoriaus*, The Legacy of Islam (1974); *to paties autoriaus*, The Origins of Muhammadan Jurisprudence (1950); *Sfeir*, The Saudi Approach to Law Reform, Am.J.Comp.L. 36 (1988) 729; *Wiedensohler*, Grundbegriffe des islamischen Rechts, RabelsZ 35 (1971) 632).

I.

Islamo teisė (arabiškai *Šaria*) yra dieviškojo apreiškimo išvestų normų visuma, kuria turi vadovautis tikintis musulmonas, jeigu gerai nori atlikti savo religines pareigas. Iš šio aprašymo išplaukia esminis skirtumas tarp islamo ir Vakarų pasaulio teisės: islamo teisė vieninteliu savo galiojimo pagrindu laiko apreikštąją Dievo valią ir todėl nesiremia kokio nors žemiškojo teisės kūrėjo autoritetu. Šis skirtumas suponuoja toli siekiančius padarinius.

Pirmiausia islamo teisė, kaip Dievo apreikšta teisė, iš esmės yra *nekintama*, o Vakarų pasaulyje visuotinai yra pripažinta, jog teisės turinys kinta, jog įstatymų leidžiamoji valdžia, teisėjai ir visos kitos teisės kūrime dalyvaujančios visuomeninės jėgos teisę pritaiko besikeičiantiems poreikiams. Islame remiamasi tuo, jog visa egzistuojanti teisė kyla iš *Alacho,* kuris ją tam tikrą istorinę valandą apreiškė žmonėms per savo pranašą *Mahometą*. Todėl islamo teisės moksle teoriškai nėra jokios erdvės istoriniam teisės nagrinėjimo būdui, kai teisė tam tikroje visuomenėje yra tiriama pagal jos priklausomybę nuo besikeičiančių gyvenimo sąlygų. Atvirkščiai, *Alachas* teisę žmonėms davė visiems laikams: visuomenė turi vadovautis duotąja teise, ir ne visuomenė iškelia teisę kaip atsakymą į vis naujai atsirandančias gyvenimo problemas. Tiesa, islamo teisės moksle yra pripažinta, jog dieviškasis teisės apreiškimas nebuvo duotas aiškia bei susisteminta forma ir todėl prireikė daugelio šimtų metų islamo teisininkų darbo, kol buvo išsiaiškintas pripažintų teisės šaltinių turinys ir teisė paruošta praktiniam naudojimui. Bet visos šios pastangos pagal islamo dogmatinį požiūrį orientuojasi ne į *naujos* teisės kūrimą, o į jau *egzistuojančios* teisės atradimą, įsisąmoninimą ir formulavimą.

Islamo teisė įkūnija ne žmogiškojo įstatymų leidėjo, o *Alacho* valią, ir tuo galima paaiškinti, kad islamo teisė reguliuoja *visas* gyvenimo sritis – ne tik tas, kurios domina valstybę arba visuomenę. Todėl islamo teisėje atsiranda normų apie tai, kokias maldas turi atlikti musulmonas, kokių pasninkų laikytis, kokią labdarą teikti, kokias piligrimų keliones atlikti. Jei ir negalima išreikalauti šių įsakymų laikymosi, *Šaria* vis dėlto iškelia esminį reikalavimą – būti visaapimančia pareigų doktrina *(figh)*, tai yra sutvarkyti visą žemišką musulmono kelionę ir parodyti jam kelią, leidžiantį jam įvykdyti savo religines pareigas ir žada atlyginimą palaimingu gyvenimu geresniame pasaulyje.

Su šiuo esminiu reikalavimu dėl žmogiškojo elgesio sureguliavimo islamo teisė šiandien galioja ne mažiau kaip apie 500 milijonų žmonių, tai yra apie šeštadaliui pasaulio gyventojų. Nors islamas yra jauniausia iš trijų monoteistinių pasaulio religijų, jis labai smarkiai išplito. Prabėgus vos šimtmečiui nuo *Mahometo* mirties – 632 metais po Kr., valdant Omejadų dinastijos kalifams, islamas, kartu su arabų kariuomenės žygiais, išplito visoje šiaurinėje Afrikos pakrantėje; Rytuose per Persiją jis pasistūmėjo iki Indijos. XV a. antroji užkariavimų banga, valdant Osmanų dinastijos sultonams, privedė prie Bizantijos imperijos numalšinimo, Konstantinopolio užkariavimo (1453) ir islamo viešpatavimo Pietryčių Europoje; todėl dar šiandien Balkanų pusiasalyje ir Bulgarijoje yra didelės musulmonų mažumos. Taip pat *Azijoje* islamas pasiekė didelių laimėjimų. Priešakinėje Indijoje musulmonai po Antrojo pasaulinio karo netgi įkūrė Pakistaną kaip savo valstybę; Indijos Respublikoje musulmonais save laiko apie 10 procentų gyventojų, tai yra apie 50 milijonų žmonių. Taip pat Malaizijos ir Indonezijos gyventojai ne kinai daugiausia yra musulmonai. *Afrikoje* islamo misionieriai ir pirkliai pirmiausia islamui laimėjo Nilo slėnį – šiandieninį Sudaną. Iš ten prekybiniais Sacharos keliais jis paplito į vakarus, todėl šiandien save musulmonais laiko ne tik šiaurinės Nigerijos, bet ir daugelio valstybių, atsiradusių ankstesnės prancūzų Vakarų Afrikos teritorijoje, gyventojai (plg. 8 str. V c). Islamas taip pat plačiai paplito Afrikos rytinėje pakrantėje: beveik visas Somalis yra islamiškas; Tanzanijoje ir Kenijoje yra didelės musulmonų mažumos.

II.

Pagrindinis ir aukščiausias islamo teisės šaltinis yra *Koranas*, religiškai inspiruotų *Mahometo* pasisakymų rinkinys, užrašytas keleri metai po pranašo mirties. Be abejo, *Korane* yra labai mažai pasisakymų, kurie tiesiogiai gali būti taikomi kaip teisės principai. Daugiausia tai yra bendrai suformuluoti įsakymai dėl etiškai teisingo elgesio, kuriems trūksta teisinio formulavimo ir tikslumo. Pavyzdžiui, Koranas įsako, kad musulmonas pasigailėtų bejėgių ir silpnųjų, sudarydamas prekybinius sandorius vadovautųsi sąžiningumo ir teisingumo principu, nepapirkinėtų teisėjo arba draudžia susitarti dėl procentų bei dalyvauti loterijoje. Ar šių įsakymų pažeidimas sukelia teisinių pasekmių ir kokios rūšies, Korane nepaaiškinama. Pagrindiniai Korano įsakymai dėl elgesio skirti, beje, ritualinei maldos praktikai, pasninkui ir piligrimų kelionėms; ir ten, kur Korane yra aptariamos teisinės problemos siauresne prasme, ypač šeimos teisėje, jis nenustato uždaros normų sistemos, tačiau perteikia vien tik problemiškus sprendimus, kuriuos, kaip teisėjas ir pranašas, pateikė *Mahometas*. Tai darydamas *Mahometas* visais atvejais rėmėsi arabų genčių paprotine teise; jis papildė arba pakeitė šią teisę tik tose vietose, kurios jam atrodė turinčios spragų, arba jo netenkino, arba prieštaravo jo politiniams tikslams, kurie buvo nukreipti į senosios arabų gentinės santvarkos panaikinimą ir jos vietoje tikėjimu į *Alachą* vienas su kitu susijusių žmonių bendruomenės įvedimą.

Pavyzdžiui, taip senojoje arabų paprotinėje teisėje *Mahometas* aptiko normą, pagal kurią teisę paveldėti turi tik palikėjo vyriškosios lyties kraujo giminaičiai. Šios normos *Mahometas* nepakeitė kita; bet jis ją modifikavo taip, kad greta vyriškos giminės kraujo įpėdinių tam tikros paveldėjimo teisės buvo pripažintos palikėjo dukterims, žmonai ir seserims. Pasekmė buvo ta, jog buvo susilpnintas kraujo giminystės ryšys ir paveldėta patriarchalinė genties organizacija bei paskatintas perėjimas prie naujos socialinės konstitucijos, kurioje bendruomenės pagrindinis vienetas buvo šeima,

kurią siejo tikėjimas į *Alachą*. Ir kitu atžvilgiu *Mahometas* pagerino teisinę žmonos padėtį. Taip senąją normą, pagal kurią vyras bet kada be jokių apribojimų vienašališkai gali išvaryti savo žmoną, jis sušvelnino ta prasme, jog išvarydamas žmoną vyras turi atsižvelgti į žmonos interesus ir kiekvienu atveju po išvarymo tinkamai rūpintis jos išlaikymu. Ar šį įsakymą reikia suprasti kaip bendrą etinę direktyvą, ar kaip teisinę pareigą, sukeliančią tam tikrų teisinių pasekmių, apie tai Koranas, be abejo, nieko nesako.

Po *Mahometo* mirties (632 m. po Kr.) politinis vadovavimas ir aukščiausia teisminė valdžia perėjo kalifams (pažodžiui – pavaduotojams), iš kurių pirmieji keturi buvo kilę iš artimiausių *Mahometo* bendražygių. Jie ir jų paskirti teisėjai teisminėje praktikoje iš esmės rėmėsi galiojančia paprotine teise, žinoma, atsižvelgdami į Korane suformuluotus įsakymus. Teisės masė iš pradžių liko „religiškai indiferentine", ir „šios būsenos tąsa būtų galėjusi vesti prie vietomis religinio pareigos mokymo veikiamos, bet apskritai iš praktikos išaugusios, praktikai tinkamos ir praktikoje iš tiesų galiojančios teisės" (*Bergsträsser*, p. 12). Tai, jog islamas galiausiai labai paveikė visą teisę, yra politinių valdovų sekuliarizacijos padarinys, sukėlęs gyvą ir galiausiai sėkmingą reakciją tų, kurie save laikė religinės tradicijos sergėtojais. Mirus *Ali*, kuris kaip *Mahometo* žentas buvo iškeltas ketvirtuoju kalifu, į valdžią atėjo Mekos aristokratų Omejadų giminė, įkūnijusi senosios arabų kunigaikščių valdžios tradicijas, save laikiusi iš esmės politikos ir valstybės veikėjais ir iš savo būstinės Damaske vadovavusi pasaulinio masto arabų kariuomenės operacijoms.

Viena musulmonų grupė laikosi pozicijos, jog imamo (islamo tikėjimo bendruomenės vadovo) garbė *Ali* šeimoje esanti paveldima, taigi gali priklausyti tik *Mahometo* palikuonims; todėl pirmuosius tris kalifus ir ypač Omejadus ji pripažįsta uzurpatoriais. Ši grupė, kuri dėl pažiūrų įvairovės į *Ali* įpėdinystę yra susiskaldžiusi į daugelį partijų, yra vadinama šiitais (nuo *šia* = *[Ali]* šalis). Jos religiniai ritualai ir teisinė praktika daugeliu atžvilgių skiriasi nuo likusios musulmonų grupės – sunitų. Šiandien apie 8 procentai musulmonų yra šiitai; jie daugiausiai gyvena Irane, Irake, Libane ir buvusiose Sovietų Sąjungos – ypač Turkestano, Kazachstano ir Uzbekistano – teritorijose.

Pasaulietinis Omejadų valdymo stilius greitai tapo gyvos kritikos objektu. Šios kritikos centras buvo Medinoje. Ten grupė pamaldžių mokslininkų laikėsi pažiūros, jog visos gyvenimo formos turi atitikti religijos reikalavimus ir todėl visas žmogiškasis elgesys turi būti orientuotas į islamo mokymo apie pareigą kriterijus. Todėl jie ėmėsi visos teisės peržiūros pagal tai, ar ji atitinka ir kiek atitinka *Mahometo* nustatytus elgeso įsakymus. Kartu vis labiau reikėjo Korano normų, kuriose buvo nustatyti tik bendrieji Dievui patinkančio žmogaus elgesio etiniai ir religiniai principai, paversti tiksliomis teisinėmis pasekmėmis. Žinoma, greitai paaiškėjo, jog vien Korano tam nepakanka. Tai, ko trūko Koranui, buvo paimta iš pasisakymų ir veiksmų, apie kuriuos padavimas teigė, jog jie priklauso pranašui arba jo artimiausiems bendražygiams. Nėra jokios abejonės, jog šie padavimai, kaip visuma pavadinti *Sunna*, dažniausiai nėra istoriškai tikri, tačiau daugiau ar mažiau sąžiningai buvo išrasti islamo mokslininkų, kad pagrįstų jų pažiūras. Todėl šiuolaikinis islamo mokslas suną apibrėžia kaip *documents not of the time to which they claim to belong, but of the succesive stages of development of doctrines during the first centuries of Islam* (*Schlacht*, Origins, p. 4). Kad ir kaip ten būtų, Suna iki šiol pagal islamo teisės teoriją po Korano yra antrasis didelis islamo teisės šaltinis.

Žymų pakilimą pamaldžių mokslininkų siekiai išgyveno 750 metais, valdžią perėmus *Abasidų* kalifų dinastijai. Abasidai Islamo religinei teisei padarė didesnę įtaką valstybinio gyvenimo praktikoje, pripažino žymiausių teisės mokslininkų autoritetą ir daugelį iš jų pakvietė į aukštas teisėjų vietas. Milžiniškoje arabų imperijoje iškilo ir daugiau dieviškojo apreiškimo mokslinių studijų centrų: greta Medinos tai buvo Kufa miestas Irake, kur susibūrė grupė žinomų teisės mokslininkų. Pamažu jie konsolidavosi į teisės mokyklą, kuri su iš esmės tokia pat doktrina išėjo į viešumą. Kufa teisės mokykla buvo pavadinta vieno iš pirmiausių ir labiausiai gerbiamų jos narių – *Abu Hanifa* – vardu, o Medinos teisės mokykla – teisės mokslininko *Malik* vardu. Tarp šių teisės mokyklų ilgainiui atsirado žymių skirtumų. Pirmiau kiekvienam mokslininkui buvo leidžiama pačiam spręsti tuo atveju, jei teisinis klausimas pagal Koraną arba Suną nebuvo vienareikšmiškai aiškiai išspręstas. Tačiau toli viena nuo kitos teritorijos požiūriu nutolusių teisės mokyklų mokslininkai buvo veikiami aplinkinių gyventojų gyvenimo būdo, išsivystymo lygio ir teisinių papročių, todėl buvo natūralu, jog išsivystė nevienodos pažiūros – tai, be kita ko, aplinkybė, kuri islame yra aiškinama nuoroda į tai, kad *Mahometas* vieną kartą pasakęs: „Nuomonių skirtumai mano bendruomenėje yra *Alacho* gerumo ženklas.“ Šalia *hanifitinės* ir *malikitinės* teisės mokyklų truputį vėliau, maždaug IX a. pabaigoje, susikūrė ir iki šių dienų išsilaikė dar dvi teisės mokyklos: *šafitinė*, pavadinta žymaus teisės mokslininko *aš-Šafi*, apie kurį toliau bus kalbama, vardu bei *hanbalitinė* teisės mokykla, pavadinta jos įkūrėjo *Ibn-Hanbal* vardu.

Ilgainiui konkrečiose islamo pasaulio dalyse įsitvirtino keturios islamo teisės mokyklos: malikitinė – Šiaurės, Vakarų ir Centrinėje Afrikoje, hanifitinė – Artimuosiuose ir Viduriniuosiuose Rytuose bei Priešakinėje Indijoje, šafitinė – Rytų Afrikoje, Malaizijoje ir Indonezijoje, hanbalitinė – Saudo Arabijoje. Visos šios teisės mokyklos viena kitą laiko teisėtomis; jei tarp jų egzistuoja skirtumų, jie yra vertinami kaip Dievo panorėti iš esmės vieningo šventojo įstatymo pasireiškimai.

Vis dėlto dėl įvairių doktrininių skirtumų tarp atskirų mokslininkų ir teisės mokyklų kilo susirūpinimas, jog islamo teisė galinti ištirpti neaprėpiamoje izoliuotų nuomonių įvairovėje. Kad išvengtų šio pavojaus, įžymus mokslininkas *aš-Šafi* (mirė 820 m.) išplėtojo mokymą apie keturias islamo teisės „šaknis“. Šį mokymą jis norėjo pateikti teisininkams kaip unifikuotą ir tvirtą taikytinos teisės normos parinkimo metodą. Pagal šį mokymą pirmoji islamo teisės „šaknis“, be abejo, yra Koranas. Kaip pranašo Dievo inspiruotos praktikos idealas prisijungia antroji islamo teisės „šaknis“ – *Suna*, turinti lemiamą reikšmę Korano įsakymų išryškinimui ir jų aiškinimui. Trečioji „šaknis“ yra *Igma* – tai konsensusas, kurį visa islamo bendruomenė, įskaitant pasauliečius ir teisininkus, pasiekė konkrečiu islamo mokymo apie pareigą klausimu. Ketvirtoji ir paskutinė „šaknis“ yra analogija *(Giyas)*, tai yra Korano, Sunos arba Igma normų taikymas naujiems, panašiems atvejams. Vėlesnė doktrina šioje schemoje kaitaliojo tik *Igma* sąvoką ir taip smarkiai padidino jos praktinę reikšmę: pagal šią doktriną teisės norma reikia pripažinti ir tokią taisyklę, dėl kurios egzistuoja visų tam tikru laiko tarpsniu gyvenančių mokslininkų arba net atskiros teisės mokyklos konsensusas – tai principas, kuris istoriškai galbūt yra susijęs su romėnų *communis opinio prudentium* institutu. Akivaizdu, jog šios klasikinės keturių islamo teisės „šaknų“ mokymo sistemos turinys apima labai nevienodus dalykus: būtent du *šaltinius* – tai Koraną ir Suną; vieną *metodą*, kuris yra analogijos metodas, ir vieną *instanciją* – būtent *Igma;* lygiai taip pat aiš-

ku, jog tarp šių „šaknų“ didžiausia reikšmė tenka mokslininkų konsensusui, nes tik su jo pagalba galiausiai yra nustatoma, kas, panaudojus analogiją arba ir be jos, iš Korano arba Sunos gali būti laikoma galiojančia teisės norma.

III.

Po to, kai klasikinis mokymas apie islamo teisės „šaknis“ įsivyravo visose teisės mokyklose, islamo teisininkų kūrybiškas polėkis pamažu ėmė blėsti. Anksčiau naudotas palyginti laisvo, nors į Koraną ir Sunos dvasią orientuoto, abejotinų klausimų sprendimo metodas buvo vertinamas kaip daugiau neleistinas. Atviros problemos vis labiau buvo šalinamos mokslininkų konsensusu; taip surasti sprendimai tapdavo dieviškosios teisės dalimi ir todėl jų nebebuvo galima kritiškai patikrinti. Maždaug nuo IX a. įsitvirtino pažiūra, jog teisininkui tiesiogiai remiantis Koranu ir Suna, nesą leistina priimti savarankiško, nepriklausomo sprendimo; atvirkščiai, jo veikla turėjo apsiriboti aiškinimu ir interpretavimu tų teisinių knygų, kurioms atskirose teisės mokyklose buvo pripažintas autoritetas. Taip laipsniškai islamo teisės doktrinoje įsivyravo totalus sąstingis ir nuskurdimas, kuris galėjo prisidėti prie to, jog šalia *Šaria* ir dvasinių teismų kuriamos teisės pradėjo rastis kitokių teisės užuomazgų.

Tylomis visada buvo pripažįstama, jog kalifas, kaip vyriausybės vadovas, konstitucinės ir administracinės teisės ginčus esąs įgaliotas nukreipti ypatingiems teisėjams ir išleisti normas šiems ginčams spręsti. *Administracinės teisės pažeidimų bylos* ir *ginčai dėl žemės sklypų* buvo patikėti specialiems teismams, nes šioje vietoje egzistavo neatidėliotinas politinis interesas turėti efektyvų teisingumo vykdymą, kuriam neįtiko nepaprastai sudėtingas, į liudytojų parodymus ir priesaiką orientuotas įrodinėjimo procesas tradiciniuose teismuose. Todėl galima sakyti, jog *Šaria*, nepaisant savo teorinės pretenzijos sureguliuoti *visą* žmogaus gyvenimą, praktinę reikšmę iš esmės įgijo *privatinėje teisėje*. Dogma apie religinės teisės nekintamumą ir doktrinos nelankstumas toliau vedė prie to, jog teisminėje praktikoje įsitvirtino daug *įstatymo apėjimo sandorių*. Pavyzdžiui, paskolai už procentus, kuri prieštaravo islamo Korano draudimui imti procentus ir todėl buvo neleistina, buvo išrasta *dvigubo pardavimo* technika: pagal ją paskolos gavėjas „parduodavo“ kreditoriui bet kokį daiktą, kuris šį daiktą tuojau pat vėl „parduodavo atgal“ už tokią „kainą“, kuri buvo aukštesnė tokia suma, kokią sudarė procentai, ir tas skirtumas turėjo būti sumokėtas tik pasibaigus paskolos grąžinimo terminui. Tokiomis „teisinėmis gudrybėmis“ *(hiyal)* doktrinoje buvo galima prisilaikyti *Šaria* normų, tačiau teismai kartu galėjo atsižvelgti į praktikos poreikius (apie tai smulkiau palyginkime *Coulson*, History, p. 138 ir kt.; *Schlacht*, Introduction, p. 78).

Nepaisant doktrinos sustingimo *Šaria* iki XIX šimtmečio pradžios atitiko islamo pasaulio poreikius, juo labiau kad šio pasaulio tautų socialinė struktūra kito labai lėtai. Tačiau maždaug nuo 1850 metų tradicinei teisei visgi buvo mestas lemiamas iššūkis. Viena vertus, pamažu žlungant Osmanų imperijai, Artimuosiuose Rytuose smarkiai sustiprėjo didžiųjų Europos valstybių politinė įtaka. Kita vertus, plėtojantis kontaktams su užsieniu, islamo pasaulyje plito nuomonė, jog esminė administracijos ir teisingumo sistemos modernizacija yra neišvengiama, jeigu su Europos didžiosiomis valstybėmis norima išlaikyti politinę ir ekonominę konkurenciją. Valstybinių reformų politika, be abejo, susidūrė su islamo mokymu, jog valstybei vieną kartą ir visiems laikams yra duota nekintama šventa teisė, į kurią įstatymų leidėjo įsikišimas yra negalimas.

Osmanų valdovų reformų įstatymų leidyba 1840–1876 metais (plg. 8 str. Va) buvo įgyvendinta be didesnio konservatyvių sluoksnių pasipriešinimo. Nuo pradžių ją sudarė *Code de commerce* ir Prancūzijos jūrų prekybos teisės kodekso perėmimas, taigi reforma palietė sritis, kur konfliktas su paveldėta islamo teise galėjo atsirasti tik retai. Toliau buvo išleistas Prekybos bylų proceso kodeksas, kuriame buvo nustatyta, jog turtinių bylų teismingumas yra perkeliamas ypatingai pasaulietinei teismų sistemai. Ir šios priemonės dar buvo nepavojingos, nes pagal pripažintą islamo tradiciją valstybė turi teisę (bet teoriškai tuo yra apribota) tvarkyti išorines islamo tikėjimo bendruomenės gyvenimo sąlygas: į čia patenka reglamentavimas ne tik konstitucinės ir administracinės teisės srityje, bet ir teismų organizacijos bei proceso srityse. Žingsnį toliau žengė turkų valdovai, išleisdami *Megelle* (1869–1876) įstatymą, kuriame buvo bandyta į apytikriai 1850 straipsnių surinkti hanifitinės krypties islamo teisės turtinių santykių normas. Šis žingsnis buvo lygiai tiek pat naujoviškas, kiek ir būtinas: *būtinas*, nes pasaulietiniams teismams, kurie buvo kompetentingi nagrinėti iš turtinių santykių kylančius ginčus, viduramžiškų teisinių knygų studijos buvo neįkandamos, ir *naujoviškas*, nes šiame akte *Šaria* normos pirmą kartą europietišku pavyzdžiu buvo suvestos į straipsnius ir jų galiojimą savo autoritetu nustatė valstybė (plg. *Tedesch*, Le centenaire de la Mejelle, Rev.int.dr.comp. 21 [1969] 125). Žinoma, *Šaria* šerdis, būtent šeimos ir paveldėjimo teisė, nuo valstybinio įsikišimo liko išsaugota nuo pat pradžių.

Kitaip įvykiai klostėsi tose srityse, kurios anksčiau buvo tiesiogiai valdomos kolonijinių valstybių. Nors ir čia visada buvo pripažįstama, jog ginčams tarp musulmonų turinčios būti taikomos *Šaria* normos. Kadangi *Anglijos valdomoje Indijoje* teisingumo vykdymas buvo patikėtas teisėjams anglams arba Anglijoje išsilavinusiems teisėjams, paskutinėje instancijoje – *Privy Council* teisėjams Londone, islamo teisė ilgainiui patyrė įvairią *Common Law* (bendrosios teisės) įtaką, ir tai įvyko tokiu mastu, jog šiandien yra kalbama apie „anglomusulmonų teisę“. Būtent visur ten, kur teisėjams *Šaria* normos pasirodydavo esančios su spragomis, kur jas reikėjo aiškinti, jos buvo pasenusios arba pasirodydavo nesuderinamos su *justice, equity and good conscience*, jie (dažnai nesąmoningai) imdavosi artimesnės bendrosios teisės. Britų tradicijos laimėjo ir tuo požiūriu, jog „anglomusulmonų teisė“ šiandien Indijoje ir Pakistane yra vartojama kaip *case law*, kurioje yra taikomas prejudicijos privalomumo principas. Turtinėje teisėje nuo 1872 įsigaliojo nemažai įstatymų, kurie iš esmės kodifikuoja bendrąją teisę (plg. 16 str. IV), tad „anglomusulmonų teisė“ šiandien tebėra svarbi tik šeimos ir paveldėjimo teisėje (plg. apie visa tai *Coulson*, History, p. 163; *Schlacht*, Introduction, p. 94).

Prasidėjus XX amžiui laipsniškai ir islamo šeimos bei paveldėjimo teisėje nebebuvo įmanoma išvengti valstybinės reformų politikos. 1917 metais, valdant vienam iš paskutiniųjų Osmanų sultonų, buvo išleistas Šeimos teisės kodeksas, kuris rėmėsi nebe Osmanų imperijoje autoritetinga islamo teisės hanifitine kryptimi, o gana atvirai perėmė ir hanbalitinės bei malikitinės teisės mokyklų normas, nes jos įstatymų leidėjui pasirodė pažangesnės. Trečiąjį ir ketvirtąjį dešimtmečius panašių įstatymų išleido Egiptas ir tuomet Anglijos-Egipto kondominiumo valdomas Sudanas. Po Antrojo pasaulinio karo beveik visose arabų valstybėse įsigaliojo šeimos ir paveldėjimo teisinius santykius reguliuojantys įstatymai: Jordanijoe –1951, Sirijoje – 1953, Tunise – 1956, Maroke – 1958, Irake – 1959 metais, arba dėl jų buvo gyvai diskutuojama. Svarbiausi šiais įstatymais numatyti reformų tikslai buvo: vyro teisės – išvaryti žmoną – suvaržy-

mas konkrečiomis prielaidomis, tam tikra apimtimi teisės nutraukti santuoką žmonai suteikimas, toliau – apriboti tėvų arba globėjų susitarimus dėl nepilnamečių santuokos ir apriboti arba uždrausti poligamiją. Nė vienoje iš minėtų šalių įstatymo leidėjas, be abejo, nesilaikė požiūrio, jog šių reformų realizavimui yra būtina atsisakyti *Šaria*, kaip šeimos teisės pagrindo, ir jo vietoje įvesti ką nors visiškai nauja. Tik Turkija laikė būtinu tokį drastišką žingsnį: 1926 m. ji įvedė Šveicarijos civilinį kodeksą ir taip įgyvendino teisę, kuri šeimos ir paveldėjimo teisėje reiškė radikalų santykių su paveldėta islamo tradicija nutraukimą ir todėl plačiuosiuose gyventojų sluoksniuose galėjo būti ir gali būti pripažinta tik laipsniškai (plg. 13 str. III).

Sprendimas laikytis *Šaria*, kaip šeimos teisės pagrindo, islamo šalims, be abejo, sukėlė nemažai sunkumų, nes pagal dogmatinį požiūrį islamo teisė remiasi dievišku apreiškimu, todėl iš esmės yra nekintama ir valstybinis įstatymų leidėjas negali jos bet kaip keisti, remdamasis kokiu nors reformų poreikiu. Siekiant pateisinti naujus įstatymus prieš visuomenę, ypač prieš tikinčius musulmonus, kiekvienu tokiu atveju reikėjo pateikti įrodymų, kad konkretus pakeitimas iš esmės atitinka *Šaria*. Viena lengvai įspėjama priemonė buvo, ir tai įstatymų leidėjui buvo leista atlikti, tai nustatyti *procesinį-teisinį* reguliavimą, ir taip pakeisti ir materialinę teisę. Taip anksčiau Egipte Korano leistas santuokos sudarymas tarp nepilnamečių nebuvo atvirai uždraustas, tačiau buvo nustatyta, kad teismas byloje, kylančioje dėl santuokinių ryšių, sprendimą gali priimti tik tuo atveju, jei santuoka yra įregistruota, o santuoka gali būti įregistruota tik tada, kai sužadėtiniai yra sukakę tam tikro amžiaus. Didesnę praktinę reikšmę turi kitas principas, pagal kurį įstatymų leidėjui (skiriantis islamo teisės mokyklų pažiūroms) yra pripažįstama teisė daryti pasirinkimą, o paskui teisėjams įstatymo forma nustatyti, kuria iš jų jie turi vadovautis. Jau Megelle įstatymų leidėjas ne visada prisilaikė *vyraujančios* hanifitinės teisės mokyklos nuomonės, tačiau kartais teikė pirmenybę ir *mažumos nuomonei*. Osmanų 1917 metų šeimos teisės kodekse buvo žengtas dar vienas žingsnis, toliau pasiremiant ne hanifitinės, o kitos teisės mokyklos vyraujančia nuomone, ir pamažu tapo pakankama, jeigu įstatymo leidėjas išleidžiamos teisės pateisinimui nurodydavo tai, jog kažkada islamo teisės istorijoje kažkoks autorius laikėsi tokios pažiūros. Kartais netgi atsitikdavo, jog įstatymo leidėjas išleisdavo teisės nuostatą, kurioje vieną nusikaltimo sudėties požymį pagrįsdavo vienu autoriumi, kitą – kitu, o teisinę pasekmę – trečiu autoriumi. Ir paskutinį žingsnį galiausiai padarė šiuolaikinė, be abejo, gyvai diskutuojama, pažiūra, jog teisininkui vėl turi būti leista visiškai atitrūkti nuo įvairių teisės mokyklų klasikinių autorių ir pačiam Korano bei Sunos pagrindu priimti naują, savarankišką sprendimą, atsižvelgiant į šiandienos poreikius.

Dar prieš 15–20 metų galėjo susidaryti įspūdis, jog visose arabų valstybėse anksčiau ar vėliau religiniai teismai bus pakeisti valstybiniais teismais ir kad šeimos bei paveldėjimo teisė bus kodifikuota. Atrodė, jog raida vyksta ta kryptimi, kad šalia imamo atliekamų jungtuvių visada bus reikalaujama valstybinės registracijos, poligamijos panaikinimo arba jos žymaus apribojimo ir kad santuokos nutraukimui nebeužteks vien tik vyro pareiškimo apie išvarymą, o bus reikalaujama teismo sprendimo, kuris gali būti priimtas tik esant konkretiems pagrindams, tai yra žmonos prašymui. Šiandien niekas nebeišdrįstų taip prognozuoti. Po ajatolos Khomeinio vadovaujamos revoliucijos pergalės Irane prasidėjo smarkus religinių tradicijų atgimimas ir kartu teisės reislamizacija. Vis dėlto kiekvienoje šalyje santykiai yra kitokie. Visose šių šalių konstitucijose yra nustatyta, jog *Šaria* normos yra svarbus arba aukščiausias ar netgi vienintelis teisės šaltinis. Tačiau iš to išplaukia skirtingos išvados. Irane kiekvienam parlamento išleidžiamam įstatymui, kad jis įsigaliotų, turi pritarti Aukščiausioji stebėtojų taryba,

kurią sudaro islamo teisės mokslininkai. Egipte Aukščiausiasis Konstitucinis Teismas dažnai nagrinėja klausimą, ar konkreti įstatymo nuostata neprieštarauja *Šaria* ir todėl neprieštarauja ir Konstitucijai. Daugelis vyriausybių bando nustatyti ribą islamo tradicionalistų įtakai, nesvarbu, ar tai būtų daroma atsižvelgiant į nemusulmonų mažumų interesus (Libanas, Sirija), ar todėl, kad dėl šios įtakos yra baiminamasi žalos ekonominiam plėtojimuisi arba Baath – socializmo politiniams tikslams. Tačiau jos yra vis labiau spaudžiamos tradicinių jėgų opozicijos ir todėl daro gerai, ypač šeimos teisėje susilaikydamos nuo reformų.

23. INDUIZMO TEISĖ

Derrett, Hindu Law: The Dharmasastra and the Anglo-Hindu Law – Scope for Furher Comparative Study, ZVglRW 58 (1956) 199; *to paties autoriaus*, An Introduction to Modern Hindu Law (1963); *to paties autoriaus*, A Critique of Modern Hindu Law (1970); *to paties autoriaus*, Religion, Law and the State of India (1968); *to paties autoriaus*, Hindu Law, veikale: An Introduction to Legal Systems (Leidėjas: Derrett, 1968) 80; *Derrett/Iyer*, The Hindu Conception of Law, Int.Enc.Comp.L. Vol. II Ch. 1 (1975) 107; *tie patys autoriai*, Hindu Family Law, Int. Enc.Comp.L. Vol. 4 Ch.11 IV (1981); *Derrett/Sontheimer/Smith*, Beiträge zum indischen Rechtsdenken (1979); *Galanter*, Law and Society in Modern India (1989); *Jolly*, Recht und Sitte [der Hindus] (1986); išversta į anglų kalbą: Hindu Law and Custom (1928); *Kane*, History of Dharmaśāstra, 5 tomai (1930–1962); *to paties autoriaus*, Hindu Customs and Modern Law (1950); *Lingat*, Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde (1967); *Mayne*, Hindu Law and Usage (Redakcija: Chandrasekhara Aiyar, 1951; naujas leidinys 1953); *Mulla*, Principles of Hindu Law (Redakcija: Desai, 1977); *Paras Divan*, Modern Hindu Law (1974); *Sarkar*, Epochs in Hindu Legal History (1958); *Sen-Gupta*, Evolution of Ancient Indian Law (1953); *Sontheimer*, Recent Developments in Hindu Law, Int.Comp.L.Q. 13 (1964) Suppl. 32.

I.

Induizmo teisės normos šiandien galioja maždaug 450 milijonų induistų, kurių pagrindinė dalis, būtent apie 400 milijonų, gyvena Indijos Respublikoje ir toje šalyje sudaro apie 80 procentų visų gyventojų. Likusi induistų dalis (kaip mažumos) gyvena Pakistane ir Birmoje, Singapūre ir Malaizijoje bei Rytų Afrikos pakrantės šalyse (pirmiausia Tanzanijoje, Ugandoje ir Kenijoje). Jau iš to išplaukia, kad induizmo teisės normos turi būti taikomos konkrečiam asmeniui ne todėl, jog jis priklauso konkrečiai valstybei arba nuolat gyvena konkrečioje teritorijoje. Priešingai, induizmo teisė, nepriklausomai nuo pilietybės arba gyvenamosios vietos, taikoma visiems asmenims, kurie yra *induistai*, taigi pripažįsta daugiasluoksnį religinių, filosofinių bei socialinių įvaizdžių, kuriuos apima induizmo sąvoka, kompleksą. Praktikoje galima remtis tuo, jog induizmo teisė galioja visiems asmenims, kurie pagal savo rasinę kilmę priklauso Priešakinės Indijos gyventojams ir nėra islamo, krikščionių, judaizmo arba persų religijos sekėjai.

Induizmas nuo kitų religijų skirasi tuo, jog induistai nėra saistomi bendru nustatytų religinių doktrinų apie Dievą, sielą, sukūrimą, išganymą išpažinimu. Kiekvienas induistas gali laisvai tikėti vienu Dievu, Dievais arba netikėti jokiu Dievu; tarp induistų gyvuoja ir įvairiausių kulto bei ritualų formų. Tad induizmas neturi jokios aiškiai apibrėžtos teologinės dogmos, tačiau

egzistuoja tam tikri esminiai religinės ir filosofinės prigimties įsitikinimai, kuriuos viena ar kita forma pripažįsta dauguma induistų.

Iš šio esminių įsitikinimų pagrindo ilgainiui išsiplėtojo atskiros religinės srovės, pavyzdžiui, budizmas, džainizmas, sikizmas, kurios gali būti vertinamos kaip savarankiškos religijos arba kaip induistinės sektos. Indijos modernioji teisė nustato, jog induizmo teisės normos turi būti taikomos ir šių tikėjimo srovių sekėjams, ypač budistams ir sikhams.

Vieni iš pagrindinių induizmo religinių teiginių yra mokymai apie sielos keliavimą ir apie *karmą*. Pagal juos gerų ir blogų darbų, kurių atskira būtybė atlieka per savo žemišką gyvenimą, suma lemia naujos egzistencijos užuomazgą, kurios kategoriją apibrėžia praėjusio gyvenimo moralinis nuopelnas ir dorovės kaltė. Kuris dabartiniame gyvenime patiria kančią arba širdgėlą ar yra ypač žemos socialinės padėties, tas išperka savo nuodėmes, kurias jo siela padarė ankstesniuose įsikūnijimuose; kuris pasinerdamas į tai, kas šventa, gerais darbais ir dievų garbinimu pavyzdingai elgiasi dabartiniame gyvenime, gali tikėtis, jog po jo mirties jo laukia atgimimas laimingesnėmis išorinėmis sąlygomis, pavyzdžiui, kaip kitos kastos nario, ir kad jo siela amžiname mirties ar atgimimo rate bus išganyta bei kaip aukštesnė dvasinė būtybė dalyvaus tame, kas yra dieviška. Ši doktrina sukuria induistinės visuomenės pagrindą, netgi į kastas suskirstytos struktūros pateisinimą, kuri sudaro lemiamą induizmo, kaip religinės, filosofinės ir socialinės sistemos, dalį. Kasta yra grupė asmenų, kurie paprastai priklauso konkrečioms profesijoms arba profesijų grupėms ir jaučiasi saistomi daugelio elgesio taisyklių, kurios galioja jų tarpusavio santykiuose, tačiau pirmiausia lemia santykį su kitų kastų nariais. Tokių kastų ir žemesniųjų kastų tarp induizmo išpažinėjų yra keletas tūkstančių; pagal istoriškai paveldėtą skirstymą jos yra dalijamos į keturias dideles grupes: į *brahmanus* (pirmiau tai buvo šventikai), *kshatriyas* (karius), *vaishyas* (pirklius) ir *sūdras* (tarnus bei amatininkus). Perėjimas iš vienos kastos į kitą neįmanomas; profesinė sėkmė arba turtų, arba politinės galios įgijimas nelemia pakilimo į aukštesnę kastą. Tarp kastų egzistuoja hierarchinė tvarka, kurią visų pirma pateisina mąstymas, jog kiekviena kasta pagal savo kategoriją turi tam tikrą „švarumą“, kurio negalima suteršti bendraujant su tam tikrais objektais ir ypač kontaktais su kitų kastų nariais. Iš to išvedama daug taisyklių, kurios draudžia sudaryti santuoką arba palaikyti seksualinius santykius su priklausančiais „mažesnio švarumo“ kastai, kartu su jais valgyti arba prie jų vien tik prisiartinti.

Šios elgesio taisyklės anksčiau buvo vertinamos ne vien tik kaip papročiai, atvirkščiai, jų pažeidimas dažnai sukeldavo nustatytų, teismų pripažintų pasekmių. Taip Indijos teismai iki 1949 metų taikė sudėtingą normų kompleksą, pagal kurį buvo sprendžiama, kokioms prielaidoms esant „mišri santuoka“ galioja tarp įvairioms kastoms priklausančių asmenų ir kokią teisinę padėtį turi iš tokių santuokų atsiradę vaikai. Tik 1949 *Hindu Marriages Validity Act* buvo nustatyta, jog *no marriage between Hindus shall be deemed to be invalid or ever to have been invalid by reason only of the fact that the parties thereto belonged to different religions, castes, sub-castes or sects.*

Moderni Indijos įstatymų leidyba, realizuodama Indijos konstitucijos imperatyvinę normą, iš teisės sistemos pašalino visas normas, pagal kurias teisinių pasekmių atsiradimas buvo siejamas su priklausomybe kastai. Tai, be abejo, nereiškia, jog didelės induistų grupės šiandien

jau nebesivadovauja paveldėtomis elgesio taisyklėmis. Iš tiesų retai nutinka, kad santuoką induistai sudarytų iš skirtingų kastų, ypač tais atvejais, kai nuotaka priklauso aukštesnei kastai nei sužadėtinis. Pakartotinis našlės ištekėjimas, bent aukštesnėse kastose, nėra labai dažnas, nors senoji induizmo teisės norma, pagal kurią tokia santuoka negalioja ir iš jos atsiradę vaikai yra nesantuokiniai, buvo panaikinta jau 1856 metų įstatymu. Be abejo, susidaro įspūdis, lyg paveldėtos tradicijos kai kuriose gyvenimo srityse pamažu netenka savo įtakos. Be to, kastų sistema šiandien išgyvena gilių pokyčių, kurie atsirado pirmiausia dėl šalies modernios politinės struktūros įtakos, ypač garantuojant visuotinę ir lygią rinkimų teisę. Toliau šiuos pokyčius skatina pamažu augantis Indijos gyventojų profesinis mobilumas, žiniasklaidos įtaka ir stiprėjantys kontaktai su Vakarų kultūra.

II.

Dažnai tvirtinama, jog induizmo teisė yra seniausia teisės sistema pasaulyje. Šis tvirtinimas yra teisingas tuo požiūriu, jog pirmuosius tekstus, iš kurių vargu ar galima išgauti tam tikrų žmogaus elgesį reguliuojančių normų, galima rasti jau vadinamosiose *vedose*, t.y. toje milžiniškoje religinių giesmių, maldų, himnų ir sentencijų masėje, kurios atsirado įvairiose ankstyvosios Indijos istorijos epochose – apie 2 tūkstantmetį prieš Kr., iš dalies galbūt netgi dar anksčiau. Nors *vedas* induistai vertina kaip šventąjį apreiškimą ir kaip jų religijos šaltinį, faktinė jų įtaka induistų gyventojų dvasiniam gyvenimui jau daug amžių yra labai menka; taip pat tą reikšmę, kurią *vedos* turėjo induistų teisės plėtojimuisi, reikia vertinti atsargiai, juo labiau kad jose yra labai mažai konkrečios teisinės medžiagos.

Seniausi induizmo literatūros raštai, iš kurių dalį jau galima pavadinti teisinėmis knygomis, yra *smritis* – sanskrito kalboje tai reiškia: „prisiminta“ senųjų mokslininkų ir dvasininkų išmintis. Nustatyti jų atsiradimo datą yra nepaprastai sunku, nes induizmo sampratai apie be pradžios ir pabaigos vykstantį pasaulinį procesą buvo svetimas bet koks chronologinis istorinių įvykių fiksavimas. Todėl tenka nurodyti į spėjimus, jog *smritis* atsirado maždaug tarp 800 metų prieš Kr. ir 200 metais po Kristaus. Seniausios iš jų apsiriboja tuo, jog aforistine forma yra duodamos nuorodos apie tai, kokius maginius ir religinius ritualus žmogus turi atlikti per svarbiausius savo gyvenimo įvykius; todėl jos pateikia Indijos ankstyvojo periodo religinių praktikų vaizdą, tačiau jose beveik nėra jokių normų su teisiniu turiniu. Po jų seka vadinamosios *dharmasūtras*. Tai yra teisinės knygos, kuriose pirmąsyk galima rasti konkrečių nuostatų apie teisingą elgesį, kurį žmogus pagal savo kastinę padėtį privalo atlikti dievams, karaliui, žyniams, savo protėviams, savo šeimos nariams, savo kaimynams, žvėrims; visos šios normos, kuriose nėra daroma aiškaus skirtumo tarp religijos, moralės, dorovės ir teisės imperatyvų, sanskrito kalboje bendrai yra vadinamos *dharma*. Kitas teisės plėtojimosi žingsnis buvo *dharmašatras*: tai yra plačios apimties metrikinės formos rinkiniai apie *dharma* normas, kuriuos sukūrė įžymūs mokslininkai arba tiesiog jiems priskiriamas jų sukūrimas. Labiausiai žinomas iš šių veikalų yra *manusmriti*, legendiniam *Manu* priskiriamas rinkinys, parašytas maždaug II amžiuje prieš Kristų. Šiame rinkinyje daugmaž susisteminta ir apžvelgiama forma yra išdėstytos normos, kurias šiandien priskirtume privatinei ir baudžiamajai teisei. Pagal dogmatinę nuomonę visi *smritis* remiasi šventais vedų raštais; kartu yra spėjama, jog *smritis* kūrėjai žinojo daugelį *vedų* tekstų, kurie šiandien yra dingę. Tačiau tiesa yra ta, jog *smritis* pagrindas yra tuometiniai induistų religinio kulto ir socialinių santykių papročiai. Taip buvo paaiškinta

tai, jog *smritis* daugeliu atžvilgių turi skirtumų, kuriuos, net jei dogmatinė doktrina to nenori pripažinti, reikia pagrįsti tuo, jog *smritis* atsirado įvairiose epochose ir kiekvienas autorius stengėsi atsižvelgti į naujai susidariusius papročius.

Svarbiausi kito periodo, kuris tęsiasi nuo 200 m. po Kr. iki britų kolonijinio laikotarpio, teisiniai veikalai yra rinkiniai, ištraukos ir komentarai. Visi jie remiasi *smritis* ir nori, be jokių pretenzijų į originalumą, jas vien tik paaiškinti ir padaryti prieinamas. Kai kurie autoriai iš senų tekstų bandė išrinkti ir suvesti į vieną vietą tas tekstų atkarpas, kurios pasirodė ypač tinkamos dabarčiai: taip *smritis* buvo modernizuotos, o iš teisinės apyvartos pamažu išimta kai kuri pasenusi teisės medžiaga. Kiti autoriai parašė *smritis* arba kai kurių specialių *smritis* dalių komentarus, pavyzdžiui, paveldėjimo teisei arba įvaikinimo teisei. Ir tiems autoriams *smritis*, kurios pagal oficialią doktriną rėmėsi *vedų* raštais, turėjo teisinę galią. Kadangi jau daugelį metų senuose tekstuose buvo neaiškių išsireiškimų, spragų ir prieštaravimų, komentatoriai turėjo plačią erdvę interpretacijai. Ši interpretacija turėjo būti atliekama pagal labai tikslias mokymo apie aiškinimo meną taisykles, tačiau praktikoje, savaime suprantama, orientavosi į tuos papročius, kurie ilgainiui susikūrė konkretaus autoriaus aplinkoje. Indijos geografinės, klimato ir rasinės įvairovės akivaizdoje nė kiek nekeista, jog kai kurie rašytojai pripažinimą rasdavo tik siauresnėje vietinėje apylinkėje. Kaip ir islamo teisės moksle, XI ir XII amžiuje Indijoje laipsniškai susikūrė dvi teisės mokyklos. *Dayabaga* mokykla įsitvirtino Bengalijoje, o *Mitakshara* mokykla (su daugeliu savo padalinių) likusioje Indijos dalyje. Be to, Indijoje visuomet buvo pripažįstama, jog papročiai, kuriais nuo senų laikų buvo vadovaujamasi konkrečioje vietovėje, kastoje, giminėje arba šeimoje, taip pat yra teisės šaltiniai. Vadinasi, į tokius papročius, jei jie yra žinomi teismui arba jų egzistavimas gali būti įrodytas, reikia atsižvelgti ne tik atliekant *smritis* ir jų komentaruose esančių normų interpretaciją, bet šie papročiai gali turėti pirmenybę ir prieš *smritis* bei jų komentarų normas.

III.

Taip ikikolonijinio laikotarpio klasikinė induizmo teisė – tai ne pasaulietinių valdovų išleista formalioji įstatyminė teisė. Ji nebuvo ir teismų praktikos teisė. Atvirkščiai, ji iš esmės rėmėsi privačių mokslininkų darbais, būtent *smritis* ir jų komentarais bei jų rinkiniais. Formaliai šie darbai tęsė *vedų* apreiškimus, tačiau iš esmės tai buvo plačios apimties tarp induistų susisteminti galiojančios paprotinės teisės aprašymai; be abejo, svarbų vaidmenį suvaidino gilus indų teisininkų-dvasininkų religingumas, lėmęs sprendimą, kurie tarp induistų paplitę papročiai turi turėti teisinę galią. Ši klasikinė induistų teisė (sanskrito kalboje *dharmasastra*, tai yra mokymas apie privalomą atlikti elgesį) britų kolonijinio viešpatavimo laikotarpiu išgyveno didelių pokyčių. Turtinius santykius reguliuojančioje teisėje paveldėtas normas labai greitai išstūmė bendroji tisė. Kitaip *šeimos* ir *paveldėjimo teisėje*: čia galiojo principas, kad *all suits regarding inheritance, marriage, caste, and other religous usages or institutions* reikia spręsti pagal induizmo teisės normas. Be abejo, britų teisėjams nebuvo paprasta įgyvendinti šį principą. Iš visos milžiniškos apimties teisinės literatūros iš sanskrito kalbos į anglų iš pradžių buvo išversti tik kai kurie veikalai, ir šie tekstai teisėjams daugeliu atžvilgių turėjo pasirodyti mįslingi, nes jie praktiškai nežinojo induistų gyvenimo realybės ir nežinojo žodžiu perduotos teisinės tradicijos. Iš pradžių buvo išsiverčiama tuo, kad teismams padėdavo *dharmasastros* teisėje patyrę teisės mokslininkai *(pandits)*, iš kurių britų teisėjai specia-

liais klausimais galėjo gauti informacijos. 1864 m. šios institucijos vėl buvo atsisakyta, nes taikant induizmo teisę teisėjų patyrimas buvo padidėjęs, padaugėję išverstų knygų, ir visų pirma – per tam tikrą laiką buvo susidaręs didelis teisminių sprendimų skaičius, kuriuos teisėjai ne tik galėjo imti kaip išeities tašką, bet netgi paskelbė jų privalomumą pagal *stare decisis* principą. Nors šis taikytinos teisės normos parinkimo stilius anglų teisėjui buvo tipiškas, tačiau jis neatitiko induizmo teisės tradicijų: pagal jas teismo sprendimo jokiu būdu nėra privalu taikyti vėlesnėje byloje; atvirkščiai, kiekvienas teisėjas yra įgaliotas ir įpareigotas kiekvienu atveju naujai spręsti pagal konkrečiai šiam atvejui taikytiną normą.

Ir turinio atžvilgiu britų kolonijinio viešpatavimo metu induizmo teisė nutolo nuo *dharmasastros* normų. Tačiau tai įvyko ne *leidžiant įstatymus*, nes anglai pasitenkino panaikinę kai kurias ypač šokiruojančias induizmo teisės nuostatas. Pavyzdžiui, taip buvo pašalintas draudimas antrą kartą ištekėti našlei, toliau panaikintas principas, pagal kurį induistas, jei jis išsižadėdavo savo religijos arba būdavo pašalinamas iš kastos, prarasdavo visą jam priklausantį turtą ir paveldėjimo teisę. Savo praktinėmis pasekmėmis daug sunkesnę modifikaciją (galima sakyti „korumpavimąsi“) induizmo teisė patyrė per teismų praktiką. Viena, teisėjai visada turėjo tik mažą klasikinės teisinės literatūros dalį: tai vedė prie to, kad išimtinai buvo naudojami šie veikalai, nors greta jų dažnai buvo daug patikimesnių ir naujesnių raštų. Kita vertus, galėjo atsitikti taip, kad teisėjai dažnai manydavo tradiciniuose tekstuose atradę spragų arba neaiškumų. Šioje vietoje jie laisvu teisėjo pasirinkimu ir remdamiesi *justice, equity and good conscience* išplėtojo normas, kurios sąmoningai ar nesąmoningai buvo paveiktos bendrosios teisės pažiūrų arba rėmėsi „bendraisiais teisės principais“, kuriuos teisėjai žinojo iš lyginamosios pasaulyje gyvuojančių teisinių sistemų apžvalgos. Taip laipsniškai klasikinės induizmo teisės mokslo vietoje atsirado vadinamoji „Angloinduizmo teisė“, kuriai nebereikėjo jokios tiesioginės atramos į perimtą literatūrą, tačiau kuri buvo išplėtota vien kaip precedentų teisė ir kaip tokią ją praktikavo Indijos teismai.

Prasidėjus kovai už nepriklausomybę Indijoje atsirado visos induizmo teisės kodifikacijos planas. Greitai po nepriklausomybės iškovojimo 1947 metais Indijos vyriausybė pateikė parlamentui „Induizmo kodekso“ projektą, kuriuo buvo norima suteikti unifikuotą įstatyminį pagrindą visai šeimos ir paveldėjimo teisei. Šiam projektui smarkiai pasipriešino tiek ultrakonservatoriai, kurie bet kokią kodifikaciją laikė blogiu, tiek tie, kurie nenorėjo atsisakyti tam tikrose šalies dalyse paplitusių teisinių papročių. Todėl Indijos vyriausybė po audringų debatų parlamente ir visuomenėje turėjo atsiimti projektą. Nuo tol ji pasirinko protingesnį kelią: teikdavo daugelį atskirų įstatymų projektų, reguliuojančių svarbiausias induizmo teisės sudedamąsias dalis. Toks būdas buvo sėkmingas. 1955 m. kaip pirmasis iš tokių įstatymų įsigaliojo *Hindu Marriage Act* (Indų santuokos įstatymas), unifikavęs induistų santuokinę teisę ir pritaikęs ją šiuolaikiniam mąstymui.

Pagal tradicinį *dharmasastros* mokymą santuoka yra vertinama kaip sakramentas, kuriuo yra sukuriamas neišardomas bendras sutuoktinių gyvenimas. Todėl induistai ortodoksai santuokos nutraukimą laiko neleistinu; be abejo, kai kuriose Indijos vietovėse ir žemesnėse kastose dažnai galiojo nuo šio principo nukrypstanti paprotinė teisė, kurioje buvo numatyta skyrybų galimybė. Principinis santuokos neišardomumas vyrui buvo sušvelnintas tuo, jog esant tam tikroms prielaidoms – žmonai pažeidus savo santuokines pareigas – buvo leista vesti antrą žmoną; be abejo, poligamija tarp induistų niekada neturėjo didelės praktinės reikšmės. Kadangi induistų santuokos sudarymas pir-

miausia yra vertinamas kaip tuo suinteresuotų šeimų reikalas, jis (dažnai dar ir šiandien) yra susitarimas tarp jaunųjų tėvų; įsakmiai *dharmasastros* paminėtam sužadėtinių sutikimui teikiama lygiai tiek pat mažai reikšmės kaip ir minimalaus santuokinio amžiaus reikalavimui. Atkreiptinas dėmesys į įvairius induizmo draudimus sudaryti santuoką. Tai, kad tarp priklausančių skirtingoms kastoms asmenų santuoka iš esmės neleidžiama, jau yra minėta. Toliau egzistavo įvairios detalizuotos nuostatos, pagal kurias net tolimos sužadėtinių giminystės atveju, tam tikromis sąlygomis netgi esant vien tik jų pavardės panašumui, santuoka buvo neleistina. Visas šias paveldėtas normas per 150 metų teismų praktika ir įstatymų leidyba smarkiai modernizavo; be abejo, teisės sistema ir šiandien niekam nedraudžia savanoriškai laikytis šių normų, ir galima manyti, jog ypač Indijos kaimo gyventojai dar šiandien jomis vadovaujasi. Todėl *Hindu Marriage Act* (Indų santuokos įstatymas) užbėgo už akių socialinei tikrovei, nes jis smarkiai apkarpė draudimą sudaryti santuoką tarp giminių ir visiškai panaikino priklausomybę įvairioms kastoms. Dabar įstatymas numato ir santuokos nutraukimo galimybę; kita vertus, yra uždrausta poligamija.

1956 metais įsigaliojus dar trims įstatymams – *Hindu Minority and Guardianship Act* (Indų nepilnametystės ir globos įstatymui), *Hindu Succesion Act* (Indų paveldėjimo įstatymui) ir *Hindu Adoptions and Maintenance Act* (Indų įvaikinimo ir išlaikymo įstatymui) – induizmo teisė tapo kodifikuota. Todėl Indijos teisėjas ir advokatas šiandien pirmiausia orientuojasi į naujų įstatymų nuostatas ir į jas taikant išleistus teismų sprendimus. *Anglo-Hindu Law* (Angloinduizmo teisė) išsaugojo savo reikšmę palyginti nesvarbiose srityse, kuriose dar trūksta įstatyminio reguliavimo. Už Indijos sienų, kur kodifikacijos darbai nėra pažengę taip toli, kaip ir anksčiau galioja *Anglo-Hindu Law*. Tačiau ir ten praktikas šiandien daugiausia vadovaujasi teismų sprendimais ir tik kartais – klasikine *dharmasastros* literatūra.

C. SUTARTIS

I. SUTARTIES SUDARYMAS

24. LAISVĖ IR PRIEVARTA SUTARČIŲ TEISĖJE

Adams/Brownsword, The Ideologies of Contract Law, Leg. Stud. 7 (1987) 205; *Atiyah*, The Rise and Fall of Freedom of Contract (1979); *to paties autoriaus*, An Introduction to the Law of Contract (1989) Ch.1: The Development of the Modern Law of Contract; *Berlioz*, Le contrat d'adhésion (1976); *Borrie/Diamond*, The Consumer, Society an the Law (1981), *Bydlinski*, Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit, Basler Jur.Mitt. 1982, 1; *Calais-Auloy*, Droit de la consommation (1992); *Carbonnier*, Théorie des obligations (1963); *to paties autoriaus*, Droit civil, Les obligations (1988); *Cohen*, The Basis of Contract, Harv.L.Rev. 46 (1933) 553; *Collins*, The Law of Contract (1993); *Cornu*, L'évolution du droit des contrats en France, atspausdinta: Journées de la Société de législation comparée (1979) 447; *Cornish/De N.Clark*, Law and Society in England 1750–1950 (1989) Ch. 3: Commerce and Industry; *Deutch*, Unfair Contracts, The Doctrine of Unconscionability (1977); *Eisenberg*, The Bargain Principle and Its Limits, Cal.L.Rev. 95 (1982) 323; *Fried*, Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligations (1981); *Friedmann*, Contract Law in America (1965); *to paties autoriaus*, Law in a Changing Society (1959) 90 ir kt.; v. *Hippel*, Verbraucherschutz (1986); *Hondius*, Standaardsvoorwaarden (1978); *Horwitz*, The Transformation of American Law (1977) Ch. 6: The Triumph of Contract; *Kessler*, Contracts of Adhesion, Some Thoughts About Freedom of Contract, Col.L.Rev. 43 (1943) 629; *to paties autoriaus*, Freiheit un Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht, jubiliejinis leidinys, skirtas Martinui Wolffui (1952) 67; *Kessler/Gilmore/Kronman*, Contracts, Cases and Materials (1986); Introduction: Contracts as a Principle of Order; *Kramer*, Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens (1974); *to paties autoriaus*, Vertragsrecht im Umbau, ÖJZ 1980, 233; *Llewellyn*, What Price Contract?, An Essay in Perspective, Yale L.J. 40 (1931) 704; *von Mehren*, A General View of Contract, Int.Enc.Comp.L.Vol. VII Ch. 1 (1982); *Merz*, Vertrag und Vertragsschluss (1992); *Pound*, Promise or Bargain, Tul.L.Rev. 33 (1959) 455; *L. Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts (1977; čia išspausdinti ir abu kt. str.); *to paties autoriaus*, Vertragsfreiheit heute: JZ 1958, 1; *to paties autoriaus*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, jubiliejinis leidinys, skirtas Vokietijos teisininko dienos šimtmečiui (1960) 101; *to paties autoriaus*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935); *Rakoff*, Contracts of Adhesion, An Essay in Recontruction, Harv.L.Rev. 96 (1983) 1173; *Trebilcock*, The Limits of Freedom of Contract (1993); *Zweigert*, „Rechtsgeschäft" und „Vertrag" heute, Ius privatum gentium, jubiliejinis leidinys, Rheinstein II (1969) 493.

I.

Veltui Vokietijos civiliniame kodekse ieškotume normų, kuriose būtų pateiktos principinės nuostatos apie sutarties socialines funkcijas ar jos turinį bei įtaką. Vokietijos CK autoriai ne kartą manė, kad sutarčių teisei reikia skirti atskirą skyrių. CK bendrojoje dalyje sutartis minima tik kaip speciali „sandorio" kategorija, o antroje knygoje – nagrinėjama tik

kaip ypatingas „prievolinių santykių“ atvejis. Kiti civiliniai kodeksai šia prasme yra išsamesni. Atskiruose skyriuose jie nagrinėja ne tik sutartį (plg. Prancūzijos CK 1110 ir kt. str., Šveicarijos PK 1 ir kt. str.). Kai kada jie nevengia bendro pobūdžio programinių nuostatų. Ne be tam tikro patoso Šveicarijos PK 19 str. 1 d. rašoma, kad „sutarties turinys... pagal įstatymą gali būti nustatomas šalių nuožiūra“, ir Prancūzijos CK 1134 str. randame žymiąją formulę, pagal kurią *„[l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“.*

Žinoma, Vokietijos civilinio kodekso autoriams buvo aiški sutarties ir sutarties laisvės principų pagrindinė reikšmė. Kodeksas – kaip ir kiti XIX a. privatinės teisės kodeksai – pagrįstas liberalizmo idėjomis. Jis remiasi supratimu, kad protingai veikiantis žmogus gali tvarkyti savo likimą savarankiškai, taigi nepriklausomai nuo paveldėtų feodalinių, politinių ar religinių ryšių ir autoritetų, kad gali laisvai formuoti savo gyvenimo santykius, ir todėl jam turi būti duota galimybė sudarant sutartį laisvai spręsti, ar jis prisiims teisinį įsipareigojimą ir jei taip, kieno atžvilgiu, ir kokį turinį jam suteiks. Nors sutartis dėl jos prieštaravimų *ordre public* ar *public policy* buvo negaliojanti, tačiau teisėjai laikėsi principo, kad nesą išmintinga

„to extend arbitrarily those rules which say that a given contract is void as being against public policy, because if there is one thing more than another which public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts, when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and shall be enforced by Courts of Justice“. Taip Seras George'as Jesselis M.R. *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson* (1875) L.R. 19 Eq. 462, 465 byloje. Šiandien dažnai kritikuojamos liberalios visuomeninės ir ekonominės santvarkos teikiamos galimybės bei teisingumo samprata ir abejojama iš jų kildinamais teisiniais principais bei taisyklėmis. Apie tai dar reiktų pakalbėti. Bet negalima pamiršti, kad liberalizmas turėjo didžiulę išlaisvinamąją įtaką. Sutartis ir sutarties laisvė nebuvo visais laikais savaime suprantamas kiekvienos teisės sistemos principas. Per daugelį šimtmečių atskiro žmogaus teisės ir pareigos paaiškėjo iš teisinio subjektyvumo santykių, į kuriuos jis buvo įsipynęs kaip šeimos, giminės, genties, luomo ar gildijos narys arba kaip vasalas santykiuose su savo siuzerenu arba kaip baudžiauninkas santykiuose su savo žemvaldžiu, ir kuriems jis priklausė visą savo gyvenimą. Visose visuomenėse galima stebėti raidą, kurioje vis labiau laipsniškai darbo pasidalijimu besiskaidančioje ekonomikoje teisiniai santykiai tarp atskirų žmonių daugiau nebepriklauso nuo jų statuso, o laisvai įforminami sudaromomis sutartimis dėl daikto įsigijimo, abipusio sutartinių įsipareigojimų įvykdymo ar kredito suteikimo. Dėl to Seras Henry Maine'as daug kartų cituotoje formulėje kalbėjo apie tai, *that the movement of the progressive societes has hitherto been a movement from Status to Contract* (Ancient Law [1864] 165).

Kokios priežastys lemia tai, kad moderniose privatinės teisės sistemose šalių sudaryti susitarimai pripažįstami privalomais ir jiems užtikrinama teisminė gynyba? Šiuo klausimu literatūroje randama daug įvairių nuomonių. Tačiau iš esmės (taip atrodo) galima išskirti dvi:

Pagal pirmąją nuomonę, pagrindinė teisinės sistemos užduotis – užtikrinti atskiro asmens laisvę ir savarankiško apsisprendimo galimybę. Kiekvienam žmogui turi būti suteikta apsisprendimo laisvė nepriklausomai nuo valstybės ar kitų socialinių galių įtakos. Santykiuose su kitais asmenimis jis privalo galėti pateikti savo paties sukurtas, o ne primestas ar iš anksto nustatytas taisykles ir siekti tikslų, kuriuos jis mano esant teisingais tiek ilgai, kiek tuo jis nepažeis kitų

žmonių tokios pat laisvės. Iš to išplaukia, kad valstybė privalo gerbti atskiro asmens laisvę ir leisti jam tvarkyti savo asmeninį gyvenimą; iš to išplaukia religijos laisvė bei laisvė laisvai reikšti savo nuomonę, nuosavybės, veiksmų bei verslo laisvės; tačiau iš to išplaukia ir sutarčių laisvė: ar kažkas susitaria ir su kuo dėl prievolinių santykių ir kokį turinį šiam santykiui suteikia. Šie klausimai turi būti laisvo apsisprendimo ir susitarimo su partneriu objektas.

„Sutarties idėja yra tokia: sutartyje įtvirtintos sąlygos galioja todėl, kad sutarties šalys, kiekviena savo laisvu apsisprendimu, susitarė, kad taip turėtų būti teisinga" (*Flume*, Das Rechtsgeschäft) [1975] 7.) Sutarčių laisvė, kaip ypatingas atskiro asmens autonomijos pasireiškimas, istoriškai glaudžiai susijęs su vadinamąja „valios teorija", pagal kurią pirminė priežastis sutartinių įsipareigojimų pripažinimui ir užtikrinimui slypi tame, kad įpareigota sutarties šalis savo „įsipareigojimo" norėjo pati. „Valios teoriją" visur šiandien išstūmė „pareiškimo teorija", pagal kurią kiekvienas privalo elgtis taip, kaip adresatas supranta esant protingiausia. Bet tai neprieštarauja autonomijos idėjai, nes autonomija neatleidžia nuo pareigos atsižvelgti į kitų asmenų įstatymais saugomus interesus ir nepažeisti įstatymais saugomų teisių, taigi ir nuo to, kad paaiškinimai turi atitikti konkretaus civilinio apyvartos atvejo aplinkybes.

Kita nuomonė pagrįsta utilitarizmu. Jis nagrinėja, kokios turėtų būti visuomenės institucijos ir sprendimų priėmimo būdai, kad su nedideliais mūsų pasaulio ištekliais žmonės galėtų maksimaliai patenkinti savo poreikius. Sutarties sąlygų teisinis pripažinimas ir jų realizavimo užtikrinimas prie to iš tiesų smarkiai prisideda. Tai įrodo toks apmąstymas:

Savininkas, įvertinęs daiktą 500 Vokietijos markių, dažniausiai yra pasiruošęs jį parduoti už 600 Vokietijos markių. Tas jam, savaime suprantama, pavyks tik tokiu atveju, jei atsiras kažkas, kuris įvertins daiktą 600 Vokietijos markių ar daugiau, ir todėl bus pasiruošęs sumokėti šią sumą. Jei yra tokių asmenų, jie, kaip protingi ir siekiantys asmeninės naudos žmonės, sudaro daikto pirkimo ir pardavimo sutartį už 600 Vokietijos markių. Po abipusio šios sutarties įvykdymo abi sutarties šalys sutaria labiau nei prieš sutarties sudarymą; abi tapo turtingesnės, niekas nenuskurdo. Jeigu tik įsivaizduotume, kad tokios mainų operacijos atliekamos milijonus kartų, o vieta, kurioje tai vyksta, vadinama „rinka", akivaizdu, kad jų dėka didėja visų dalyvių nauda, o kartu ir visos visuomenės nauda apskritai, nes remiantis šiais mainais prekės ir paslaugos patenka į rankas tų žmonių, kuriems tos prekės ar paslaugos turi didžiausią reikšmę.

Ši sistema gali veikti tik tada, kai įvykdyta viena svarbi prielaida, būtent – teisės norma nustatyta, kas, kaip daikto savininkas, idėjos autorius arba kitos teisiškai apsaugotos situacijos subjektas, turi teisę daiktą, idėją arba teisinę situaciją naudoti, jais disponuoti ir neleisti kitų jais naudotis ar disponuoti. Daiktų pirkimo ir pardavimo sutartys sudaromos tik tada, kai pardavėjas yra savininkas, ir nustatyta, kad pirkėjas negali iš jo to daikto paprastai atimti, o tik remdamasis sutartimi jį įsigyti.

Kažkas baldų parduotuvėje perka kėdę, ir mes tuoj įsivaizduojame, kiek turėjo būti sudaryta sutarčių, kol kėdė galėjo būti pasiūlyta pardavimui. Sudarytos sutartys ne tik dėl medžių kirtimo, nuvežimo į lentpjūvę ir jų perdirbimo į medieną. Baldų gamintojas ne tik pirko medieną; jis sudarė darbo sutartis su žmonėmis, nuomos sutartis dėl fabriko pastatų bei pir-

kimo ir pardavimo sutartis dėl mašinų ir lako; jis įgaliojo dizainerį suprojektuoti baldus ir prekybos atstovą juos parduoti prekybininkams. Prekybininkai savo ruožtu išsinuomojo gamybines patalpas, priėmė į darbą pardavėjus, reklamos agentūra užsakė pagaminti prospektus, nupirko įpakavimo priemones ir pagaliau baldus pasiūlė pirkėjams: ištisa virtinė sutarčių, nors jas sudarant kiekvienas dalyvis suinteresuotas tik savo nauda, tačiau apskritai visame šiame procese rūpinasi tuo, kad turimais nedideliais ištekliais pasinaudotų tas, kuriam to labiausiai reikia – taip labiausiai kyla visų nauda.

Tuo, savaime suprantama, dar nėra pateikiamas išsamus atsakymas į klausimą, kodėl teisė leidžia ne tik sudaryti sutartis, bet ir garantuoja iš jų kylančių reikalavimų įvykdymą bei (neįvykdymo atveju) žalos atlyginimą. Tokių reikalavimų nereikėtų, jei sutarties šalys mainus atliktų jau sutarties sudarymo momentu iš karto, ir kiekviena šalis galėtų įsitikinti sudaromos sutarties tinkamu įvykdymu. Tokios sutartys šiandien retos; jos dar pasitaiko tik esant primityviems ekonominiams santykiams arba prekiaujant prekėmis, kurių kokybę pirkėjas be didelio vargo gali patikimai įvertinti prieš sutarties sudarymą ar sutarties sudarymo metu. Esant moderniems ekonominiams santykiams sutarties šalys gali įsipareigoti atlikti sutartinius veiksmus ateityje, kai, praėjus tam tikram laikui, išaiškėja, jog paslėptų trūkumų nėra. Tokiose sutartyse slypi pavojus, kad viena sutarties šalis elgsis „oportunistiškai", t.y. neįvykdys prisiimto įsipareigojimo, pavyzdžiui, dėl to, kad kita sutarties šalis savo įsipareigojimus įvykdė, arba dėl to, kad šių įsipareigojimų įvykdymas bus apsunkintas vėlesnių įvykių arba, kai pasikeitus rinkos situacijai, šie įsipareigojimai bus parduoti trečiajam asmeniui didesne kaina. Šiais atvejais teisės sistema turėtų paruošti taisykles, kurios padidintų sutarties šalies pasitikėjimą tuo, kad sutartinis įsipareigojimas bus įvykdytas, ir deramai paskirstyti riziką, kuri gali atsirasti po sutarties sudarymo. Kai kuriais atvejais pakankama paskata laiku įvykdyti sutartį yra tai, kad sutarties šalys ir ateityje ketina tarpusavyje (ar su trečiuoju asmeniu) sudaryti sandorius ir aiškiai supranta, kad oportunistišku elgesiu ji sugriaus savo, kaip patikimos partnerės, reputaciją. Kartais sutarties šalį nuo rizikos, kad kita sutarties šalis elgsis oportunistiškai, gali apsaugoti specialiosios sutarties sąlygos, pavyzdžiui, susitarimas, kad prievolės įvykdymas užtikrinamas įkeitimu, t.y. neįvykdžius sutarties sąlygų suinteresuotos šalies reikalavimas bus patenkintas iš įkeisto turto vertės. Bet daugeliu atvejų sutarties šalių nedomina jų verslo reputacija, o minėti prievolės užtikrinimo būdai dažnai yra nepraktiški arba brangiai kainuoja. Čia turėtų padėti teisinė sistema: siekiant paskatinti sutarčių, kurios vykdomos ateityje, sudarymą, būtina paruošti taisykles, kurios skatintų šalis vykdyti sutartinius įsipareigojimus ir atbaidytų jas nuo oportunistiško elgesio.

Iš esmės yra teisinga, kad sutarties šalys dėl visų galimų trukdymų pasikeisti įsipareigojimais galėtų nedviprasmiškai susitarti sutartimi. Jei šie susitarimai būtų išsamūs, tai sutarčių teisė iš esmės turėtų susidėti iš vieno vienintelio sakinio: *Pacta sunt servanda* (Sutarčių reikia laikytis). Tačiau sudarant sutartis, kurios turėtų vieną (daugiau ar mažiau) išsamią nuostatą, šalinančią iš sutarties kylančią riziką, susidarytų didelės derybų išlaidos. Šias išlaidas sutarties šalys sutaupys, jei jos žinos, kad sutarčių teisėje sutarties spragoms panaikinti yra pakankamai nuostatų, kurios tarp šalių atitinkamai padalija iš sutarties kylančią riziką. Parengus tokias nuostatas Vokietijoje – *dispositives Recht;* Prancūzijoje – *lois suppletives;* Anglijoje – *implied terms*, – sutarties šalims palengvinamas sutarčių sudarymas, ir taip didėja visuomenės nauda.

II.

Iki šiol sutarčių teisėje kalbėjome apie *laisvę*, kurią lemia asmens autonomija bei nauda ir kurių egzistavimas padeda žmogui ir visuomenei. Visai nesvarbu, kuriai priežasčiai teikti pirmenybę: neabejotina, kad sutarčių teisėje turi būti ir *prievartos* dalis, tai yra taisyklės, pagal kurias sutartinis susitarimas (jis turėjo būti nuodugniai apgalvotas ir jo labai norėta) yra negaliojantis arba vienos sutarties šalies siūlymu gali būti pripažintas negaliojančiu. Tai pirmiausia galioja tokioms sutartims, kurių turinys prieštarauja viešajai tvarkai, įstatymams arba geriems papročiams (plg. 28 str.). Sutarties šalis gali reikalauti pripažinti sutartį negaliojančia, jei derybose su savo kontrahentu dėl sutarties sąlygų yra klaidų, kurios sutartimi prisiimtų įsipareigojimų pripažinimą gali daryti neįmanomą. Tai būtų atvejai, jei sudarant sutartį kas nors buvo neveiksnus (plg. 25 str.) arba jei jį apgavo kontrahentas ar neleistinu būdu grasino (plg. VI str. 31), arba jei sutarties šalis savo pareiškimą padarė dėl esminės klaidos (plg. I-V str. 31).

Klaidinga yra pripažįstama ir tokia sutarties sudarymo procedūra, kai kita sutarties šalis neatidėliotinai skatina ką nors sudaryti sandorį prie savo namų durų, privataus buto teritorijoje, darbo vietoje, gatvėje arba viešoje susisiekimo vietoje. Ypač neapsukrių žmonių čia tyko pavojus, kad bus išnaudotas jų nustebimas ir jie be ilgesnių pamąstymų, taip pat be galimybės palyginti kainas, sudarys sutartį. Todėl Europos Bendrijos šalyse gyvuoja įstatyminės nuostatos (pagal 1985 12 20 išleistas Europos Bendrijos direktyvas), kurios šiais atvejais klientui, jeigu jis veikė ne kaip savarankiškas verslininkas, suteikia teisę per tam tikrą laikotarpį, nenurodant priežasčių, atsisakyti sutarties.

Iš viso to, kas pasakyta, darytina išvada, kad sutartis negali prieštarauti viešajai tvarkai ar geriems papročiams, kad jos galiojimas, beje, nepriklauso nuo jos *turinio*, ypač nuo to, ar santykis tarp šalių tarpusavio teisių ir pareigų yra tinkamas. Nesvarbu, kas sudarė blogą sandorį, jis yra suvaržytas sutartimi, jeigu tik veikimo būdas, kuris atvedė iki sutarties sudarymo, buvo tinkamas, nes kiekvienai sutarties šaliai garantuojama galimybė priimti apsvarstytą ir atsakingą sprendimą. Ši pagrindinė mintis mielai įvelkama į bendrosios teisės formulę, pagal kurią sutartis vien dėl *inadequancy of consideration* (priešpriešinio patenkinimo neatitikimo) negali būti pripažinta negaliojanti. Tiksliau tariant, sutartis yra galiojanti ir tada, kai tarpusavio šalių teisės ir pareigos aiškiai nėra lygiavertės. Taigi teisės ir pareigų atitikimas nėra vertas daugiau, nei *peppercorn* (žaliojo pipiro grūdelis). Ta pačia kryptimi einama ir tada, kai išskiriamas „procedūrinis“ ir „turinio“ sutarties tinkamumas. Tik pirmuoju atveju sutartis gali būti pripažinta negaliojančia, tačiau šis negaliojimas negali būti pagrįstas vien tik turinio netinkamumu arba neišaiškinimu.

Apie skirtumą tarp *procedural* (procedūrinio) ir *substantive fairness* (turinio tinkamumo) skaitykite *Leff*, Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause, U.Pa.L.Rev. 115 (1967) 485; *Farnsworth* § 4.28 (506 p. ir kt.); *v. Mehren*, ten pat, p. 64 ir kt.; *Gordley*, Equility in Exchange, Cal.L.Rev. 69 (1981) 1587 taip pat svarbiausius *Atiyah* veikalus, Contract and Fair Exchange, U.Tor.L.J. 35 (1985) 1 = Essays on Contract (Oxford 1988) 329 ir kt. bei *Eisenberg*, The Bargain Principle and Its Limits, Harv.L.Rev.95 (1982) 741.

Aiškus ir nedviprasmiškas sutarties „procedūrinio“ ir „turinio“ tinkamumo skyrimas yra, savaime suprantama, teorinis reikalavimas, kurio praktikoje ne visada griežtai laikomasi. Teismų praktika ir doktrina, nors kai kuriose istorinėse epochose neabejotinai stipriau nei kitose, teisės ir pareigos atitikimą visuomet traktuoja kaip bendrąjį išlyginamojo teisingumo *(iustitia commutativa)* principą ir rūpinasi, kad įvairiausiais būdais (atvirai arba paslapčia) būtų į tai atsižvelgta. Garantuota priemonė tam būtų sutarties *aiškinimas* (plg. 30 str.). Jei šalių susitarimai neaiškūs arba neišsamūs, teisėjas privalo išaiškinti sutarties sąlygas, vadovaudamasis „sąžiningumo ir teisingumo“ (Vokietijos CK 157 str.), „civilinės apyvartos sąžiningumo“ (Austrijos CK 914 str.) arba kitais juos atitinkančiais *„l'équité, l'usage ou la loi“* (Prancūzijos CK 1135 str.) kriterijais: taip yra išsprendžiamas teisių ir pareigų tarpusavio santykis. Kuo akivaizdesnis sutarties sąlygų neatitikimas, tuo pagrįstesnis yra teisėjo pritarimas šalies, kuriai sutartis nenaudinga, nuomonei, jog ją kita sutarties šalis apgavo, jai grasino ar suklaidino, tai yra, kad sutartis turi „procedūrinių“ trūkumų. Kuo bus aiškiau, kad teisė ir pareiga viena kitos neatitinka, tuo akivaizdžiau bus teisėjui, kad sutartis dėl prieštaravimo viešajai tvarkai ir geriems papročiams yra negaliojanti. Teisingai teigia Corbinas (128 str.): *[t]hat there is sufficient flexibility in the concepts of fraud, duress, misrepresentation and undue influence... to enable the courts to avoid enforcement of a bargain that is shown to be unconscionable by reason of gross inadequacy of consideration accompanied by other relevant factors.* Todėl galima manyti, kad teismai sutarties negaliojimą neretai kildina iš vienos iš minėtų priežasčių, iš „procedūrinio tinkamumo“, nors iš tiesų pažaidos esmė – ekvivalentiškumo principo pažeidimas.

Europoje daug šimtmečių ginčijamasi, ar sutarties galiojimui reikia suderinto santykio tarp teisės ir pareigos. Vėlyvoji romėnų teisė leido žemės sklypo pardavėjui panaikinti sutartį, jei pirkimo kaina sudarė mažiau negu pusę tikrosios žemės sklypo vertės (C. 4.44.2). Šios nuostatos tikslas – apsaugoti valstiečius, kurie nuskurdo dėl brutalios kaizerių mokesčių politikos ir todėl buvo priversti savo laukus pusdykiai parduoti miesto kapitalistams, norėjusiems savo pinigus apsaugoti nuo infliacijos. Tik viduramžiais įsitvirtino nuostata, kad sąlygos kiekvienos sutarties, kad ji būtų galiojanti, turi atitikti teisių ir paslaugų ekvivalentišumo principą. Tomas Akvinietis ir kiti Bažnyčios mokslo skleidėjai mokė, kad tarp sutartyje esančių teisių ir paslaugų turi būti pusiausvyra ir kad esą nuodėminga, jei vienai sutarties šaliai kas nors yra pažadama, tačiau už tai nėra sumokama „teisinga kaina“, *iustum pretium*. Prigimtinės teisės mokytojai taip pat pritarė taisyklei, kad tokiu atveju sutartis gali būti panaikinta dėl *laesio enormis*; šias taisykles jie, žinoma, apibrėžė ne kaip krikščioniškosios moralės, bet kaip žmogaus proto principą. Austrijos CK ir Prancūzijos CK mokymą apie *laesio enormis* perėmė skirtinga apimtimi. Austrijos CK 934 straipsnis abiem sutarties šalims suteikia teisę reikalauti nutraukti sutartį dėl „sumažinimo iki pusės“, jei paslaugos vertė daugiau nei per pusę viršija atsakomosios paslaugos vertę, ir pagal Prancūzijos CK 1674 ir kitus straipsnius pardavėjas per dvejus metus nuo sutarties sudarymo gali panaikinti žemės sklypo pirkimo ir pardavimo sutartį, jei tuo momentu pirkimo kaina sudarė mažiau nei 7/12 tikrosios žemės sklypo vertės. Palyginkime apie tai *Zimmermann*, The Law of Obligations (1990), 259 ir kt.; v. *Mehren*, ten pat, str. 75 ir kt.; *Carbonnier*, ten pat, Nr. 36 ir kt.; *Merz*, ten pat, p. 62 ir kt.

Naujesnieji civiliniai kodeksai tokių taisyklių neperėmė. Jie nebeatitiko laiko, kurio ekonominį gyvenimą išreiškė liberalizmas. Buvo manoma, jog žmogaus veiksnumas yra pakan-

kama garantija, kad jis galėtų pragmatiškai ir protingai pasinaudoti sutarčių sudarymo, verslo bei konkurencijos laisve ir nukreipti nuo savęs žalą; todėl taisyklė, kuri suteikia teisėjui teisę nutraukti nepagrįstas sutartis, teisiniam saugumui atrodo iliuzinė ir pavojinga. Ir civilinio kodekso autoriai ligi pabaigos tikėjo, kad iš esmės galima išsiversti principu, pagal kurį sutartys yra niekinės, jei jos prieštarauja geriems papročiams (Vokietijos CK 138 str.). Bet mintis, kad nesuderintos sutartys yra abejotinos, taip akivaizdžiai atitinka teisingumo sampratą, kad į ją negalima neatsižvelgti. Todėl Vokietijos CK 138 straipsnis buvo papildytas antra dalimi, kuri sujungia „procedūrinio" ir „turinio" tinkamumo kriterijus. Pagal Vokietijos CK 138 str. 2 d. (galiojanti redakcija nuo 1976 m.) sutartis yra niekinė, jei teisė „akivaizdžiai neatitinka" pareigos, o kita šalis sutartį sudarė „susiklosčius sunkioms aplinkybėms, išnaudojusi nepatyrimą, teismo sprendimų trūkumus ir didelį valios nebuvimą".

Šią nuomonę perėmė dauguma civilinių kodeksų Europoje (Austrijos CK 879 str. 2 d. 4 p.; Šveicarijos PK 21 str.; Švedijos sutarčių įstatymo 31 str.). Tik *Codice civile* (Italijos CK) laikėsi kiekybinio paslaugos ir atsakomosios paslaugos neatitikimo fiksavimo. Apgautoji šalis sutartį gali nutraukti, jei ji buvo sudaryta susiklosčius sunkioms aplinkybėms *(stato di bisogno)*. Bet tai galioja tik tada, kai jų paslaugų vertė daugiau nei dvigubai didesnė už atsakomosios paslaugos vertę (1448 str.). O naujasis Olandijos civilinis kodeksas visiškai nereikalauja paslaugos ir atsakomosios paslaugos atitikimo. Pagal Olandijos CK 3:44 IV straipsnį sutartį galima apskųsti dėl „piktnaudžiavimo aplinkybėmis", jei kas nors žinojo arba galėjo žinoti apie kitos šalies sunkiai susiklosčiusias aplinkybes, priklausomybę arba nepatyrimą, arba lengvabūdiškumą, arba patyrimo stoką, ir todėl neleistinu būdu skubino sudaryti sutartį.

Prancūzijos civiliniame kodekse atitinkamos įstatyminės nuostatos nėra. Teismų praktika iš esmės pasiekia tų pačių rezultatų, kai leidžia apgautajai šaliai apskųsti sutartį, pagrindžiant jos negaliojimą apgaule *(doll)*. Kas išnaudoja kontrahento senyvą amžių, sunkią ligą, jaunatvišką nepatyrimą ar sunkių aplinkybių susiklostymą, neduodamas pastarajam laiko ramiai apmąstyti, arba atkalbinėdamas jį nuo pasitarimo su savo šeimos nariais arba advokatu, arba nuslepia sutarties padarinius, turi taikytis su ieškiniu, kuriuo bus reikalaujama pripažinti sutartį negaliojančia dėl *doll* (*apgaulės*), nors jis savo sutarties partnerį suklaidino, neturėdamas tikslo tyčia pateikti tikrovės neatitinkančių faktų, ir todėl nepadarė jokios klastingos apgaulės siaurąja prasme. Prancūzijos teismų praktikoje *manoeuvres dolosives* vyrauja ir tuo atveju, kai kas nors, sužinojęs apie sunkiai susiklosčiusias aplinkybes, į kurias kitas asmuo pateko jam nedalyvaujant, neleistinu būdu išnaudojo jas savo naudai.

Ir Anglijos teisė nežino bendrojo principo, kuriuo remiantis viena šalis gali reikalauti anuliuoti jai akivaizdžiai nenaudingą sutartį, jei sutartis buvo sudaryta pasinaudojus susiklosčiusiomis sunkiomis aplinkybėmis arba jos sudarymo momentu buvo kitų procedūrinių trūkumų. Tačiau egzistuoja atskiros taisyklės, kurios, nors ir esant skirtingoms prielaidoms, apgautąją sutarties šalį saugo panašiai kaip ir kontinentinės teisės sistemose. Taip viena šalis, kuri, susiklosčius sunkioms aplinkybėms, pritarė nenaudingos sutarties pakeitimui, kai kada gali skundą pagrįsti *economic duress* (ekonominiu spaudimu) (plg. 31 V str.). Ypatingą reikšmę šiame kontekste turi sutarties nutraukimo taisyklės dėl *undue influence (piktnaudžiavimo įtaka)*. Prielaida tam visų pirma yra tai, kad tarp šalių buvo ypatingi pasitikėjimo santykiai, kuriais remiantis viena šalis galėjo pasitikėti tuo, kad kita šalis lojaliai patars ir išsamiai informuos.

Tokiais pasitikėjimo santykiais teismų praktika pripažino santykius tarp, pavyzdžiui, vaiko ir tėvų, globotinio ir globėjo, paciento ir gydytojo, nuodėmės išpažinėjo ir nuodėmklausio arba tarp kliento ir advokato ar kito patarėjo. Jei esant tokiems pasitikėjimo santykiams tarp šalių sudaroma sutartis, kuri pasitikinčiajam akivaizdžiai nenaudinga, susidaro prielaida, kad ši aplinkybė susidarė dėl kitos šalies „nederamos įtakos", taigi dėl piktnaudžiavimo jai suteiktu pasitikėjimu. Nors ji šią prielaidą gali paneigti. Tai įmanoma tik tuo atveju, jei šalis įrodo, kad prieš sutarties sudarymą ieškovas pasinaudojo savo advokato ar kito su reikalo esme susijusio asmens nepriklausomais patarimais. To paprastai trūksta.

Šiandien Anglijoje ginčijamasi, ar šios skirtingos taisyklės remiasi bendruoju principu. Pateikiame Lordo Denningo nuomonę. *Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy* [1975] Q.B. 326 (C.A.) byloje skolininkas bankui paaiškino, kad kredito pratęsimui reikiamų papildomų garantijų galėtų suteikti ne jis, o jo tėvas. Atsižvelgiant į tai, banko tarnautojas, lydimas sūnaus, nuvažiavo pas tėvą, kuris turėjo nedidelį ūkį. Jis pasiekė, kad tėvas už sūnaus skolas įkeitė ūkį (praktiškai visą savo turtą), – neturėdamas tikslesnės informacijos apie sūnaus ekonominę padėtį arba galimybes pasinaudoti nepriklausomu patarėju. Banko ieškinį dėl išieškojimo nukreipimo į tėvo turtą Apeliacinis teismas atmetė. Du teisėjai rėmėsi *undue influence* (piktnaudžiavimo įtaka) nuostatomis, nes tėvas – jau kelis dešimtmečius banko klientas, esant ypatingoms aplinkybėms galėjo pasitikėti banko patarimais ir informacija. Lordas Denningas, trečiasis teisėjas, buvo tos pačios nuomonės, bet pagrindė tai bendruoju principu. Pavaizdavęs tai skirtingais būdais, kuriais remiantis bendroji teisė silpnesnę šalį gina nuo nenaudingų sutarčių, jis pasakė:

> Gathering all together, I would suggest that through all these instances there runs a single thread. They rest on inequality of bargaining power. By virtue of it, the English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract on terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other (ten pat, 339 str.).

III.

Inequality of bargaining power (Derėjimosi galios nelygybės) teze iškeliamas klausimas, dėl kurio sutarčių teisės teorijoje šiandien visur gyvai diskutuojama: ar apskritai sutarties laisvė esant dabartiniams santykiams gali būti pripažinta teisės sistemos pagrindine atrama? Ar nereiktų jos visur apriboti imperatyviomis nuostatomis tais atvejais, kai sutarties šalys neturi lygių sąlygų derėtis, kai pažeidžiamas „sutarties pariteto" principas ir todėl būtinas silpnesnės sutarties šalies papildomas gynimas? Ar ne laikas sutarties laisvę pakeisti ar papildyti „sutarties teisingumo" principu?

Iš tiesų šis klausimas kyla, jei suvokiama, kokiomis sąlygomis šiandien įprastai sudaroma sutartis. Kiekvienas žino, kad daugeliu atvejų sutarties sąlygos neaptariamos. Kartais tai priklauso nuo to, kad viena sutarties šalis savo ekonomine galia yra tiek pranašesnė už kitą, jog gali diktuoti sutarties sąlygas. Kai kuriose rinkose pasiūla tokia maža, o paklausa tokia didelė (reikia tik įsivaizduoti gyvenamųjų patalpų ar darbo rinkas), kad paslaugos gavėjas faktiškai neturi galimybės pasinaudoti sutarties laisve ir paveikti sutarties turinio. Daugeliu atvejų nesi-

derama dėl sutarties sąlygų, nes viena šalis, silpnesnė už kitą verslo patyrimu ar derybų meistriškumu, nesidomi sutarties turiniu ir todėl nesvyruodama priima jai siūlomas sutarties sąlygas.

Į šią situaciją vienaip ar kitaip reagavo visos teisės sistemos. Šiandien visuotinai pripažinta, kad laisvi ekonominiai santykiai automatiškai nesukelia pusiausvyros ir darnos, bet labai dažnai veikia ekonominės persvaros atsiradimą, ir todėl teisė, siekiant išvengti piktnaudžiavimo, juos apibrėžia konkurencijos apribojimo priemonėmis. Jeigu rinkoje konkrečiai paslaugai nepakanka konkurencijos, tas, kuriam nedelsiant reikia paslaugos, dažnai reikalauja sudaryti sutartį ir verčia kitą sutarties šalį „būtinai sudaryti sutartį"; šiuo ir visais kitais atvejais, kaip, pavyzdžiui, aprūpinimo energija ir keleivių pervežimu, sutarčių turinys turi atitikti valstybinių institucijų nustatytas sąlygas arba turi būti patikrintas jų tinkamumas. Daugelį kitų sutarčių, pavyzdžiui, darbo, gyvenamųjų patalpų nuomos, draudimo, vartotojų kreditavimo sutartys šiandien reguliuoja imperatyviosios nuostatos, kurios minimaliai garantuoja silpnesnės šalies apsaugą. Ši „reguliuojamų" sutarčių teisė šiandien gali būti pripažįstama savarankiška sutarčių teisės dalimi. Kaip ir anksčiau, čia matome iškeltą sutarčių laisvės sudarymo vėliavą, nors teritorija, virš kurios ji plevėsuoja, dėl išvardytų sutarčių rūšių labai sumažėjo. Daugelio šalių teismai yra kompetentingi sutarties sąlygas paskelbti negaliojančiomis, jei jos *unconscionable* (nesąžiningos) arba „netinkamos", arba prieštarauja sąžiningumui ir teisingumui dėl to, kad sutarties teisės ir pareigos aiškiai neatitinka viena kitos. Ši kompetencija kartais galima tik tada, jei dėl sutarties sąlygų „nesiderama", kadangi viena šalis jas iš anksto suformuluoja, o kita jas be jokių pakeitimų priima; kartais šios galios kompetencija galioja tik „vartotojams". Kita vertus, negalima neigti, kad teismai turi patikrinti „nereguliuojamų" sutarčių turinį ir tuo apriboti sutarčių sudarymo laisvę. Šio plėtojimosi varomoji jėga (taip dažnai sakoma) priklauso nuo to, kad sutarties sudarymo laisvė, remdamasi pilnamečiu, atsakingai veikiančiu asmeniu, kuris siekia asmeninės naudos ir gali suvokti bei apsvarstyti savo veiksmų padarinius, tuo tarpu tapo nereali. Sutarčių teisės šiuolaikinė užduotis – įgyvendinti „sutarties teisingumą", taigi išplėsti silpnesnės sutarties šalies apsaugą, įpareigoti kiekvieną šalį atsižvelgti į plačius partnerio interesus bei pertvarkyti sutartį į kooperacija ir tinkamumu besiremiančius teisinius santykius.

Apie „sutarties teisingumo" *(justice contractuelle, contractual justice)* „už" ir „prieš" palyginkime p. 314 išvardytus autorius, ypač *Kessler*, *Adams/Brownsword*, *Collins* (ten pat, p. 16 ir kt.); *Reiser*, *Zweigert* (juo sekant ir išankstinį leidimą), *Carbonnier* (ten pat, Nr. 36 ir kt.), *Bydlinski*, *Merz* (ten pat, p. 59 ir kt.); *Kramer v. Mehren*, visi su išsamesne informacija apie literatūrą.

Iš tiesų esant dabartiniams santykiams fizinis asmuo turi sudaryti daug sutarčių, kurios jam yra nepalankios, kurių padarinių jis negali numatyti ir veikti jų turinio. Todėl teisinė sistema negali būti tik stebėtoja ir kiekvieną sutartį, kuri atitinka bendruosius pasiūlos ir paklausos principus, pripažinti galiojančia vien todėl, kad ji neprieštarauja viešajai tvarkai ar įstatymų reikalavimams. Bet tai nereiškia, kad viešpataujančiu sutarčių sudarymo teisės principu turėtų tapti geranoriškas rūpinimasis, kuris remiasi vien tik nekonkrečiu „tinkamumu", „socialiniu teisingumu" ar „silpnesniojo apsauga". Neatitinka tikrovės ir tai, kad šalininkai liberalizmo, kuriuo remiasi sutarčių sudarymo laisvė, nebūtų pastebėję pasikeitimo aplinkybių, kurioms esant šiandien sudarinėjamos sutartys, bandytų jas sumenkinti arba ignoruoti. Priešingai, ir jie visiškai suvokė, kad labai dažnai trūksta realių prielaidų, kurioms esant sutarčių sudarymo laisvė, skirta gerovės lygiui kelti, gali „funkcionuoti". Niekas neginčija, kad šiais atvejais sutar-

čių sudarymo laisvė turi būti ribojama įstatymų leidėjo ar teisėjo. Tai būtų ne tik tie atvejai, kai sudarant sutartį viena šalis yra neveiksni arba dėl amžiaus ar ligos sukelto silpnumo negali padaryti protingo sprendimo, arba kita sutarties šalis ją apgavo, suklaidino ar pasinaudojo jos patiklumu ar nepatyrimu. Tai būtų ir tokie atvejai, kai ekonomiškai stipresnė sutarties šalis gali priversti kitą šalį sudaryti sutartį ar paveikti jos turinį. Kai buvo pastebėta, jog ir informacija yra turtas, ir jos gavimas nėra nemokamas, atsiranda įtikinamų priežasčių prielaidai, kad daugeliu atvejų galima pasiekti „rinkos neveikimo“, jeigu sutartys sudaromos pagal išankstines sutarties sąlygas. Pareiga atsižvelgti į kitą sutarties partnerį – ypač didelė informacijos ir įspėjimo pareiga – leidžia remtis blaiviais ir būtent todėl įtikinamais apmąstymais, kad ji teisingai padalys sutartinę riziką ir taip prisidės prie naudos kėlimo, kuri dėl sutarčių sudarymo atsiranda šalims ir kartu – visuomenei.

IV.

Bendrosios sandorio sudarymo sąlygos yra XIX a. pramoninės revoliucijos kūdikis: su standartinių prekių ir paslaugų serijine produkcija koja kojon žengia sąlygų, kurioms esant šios prekės ir paslaugos parduodamos, standartizavimas. Bendrosios sandorio sudarymo sąlygos prisideda prie masinių sutarčių plėtojimosi racionalizavimo. Derybas dėl atskiros sutarties turinio jos laiko nereikalingomis; jos pašalina nežinomybę ir neaiškius klausimus, kurie išplaukia iš to, kad įprastai naudojamos dispozityvinės teisės normos yra neišsamios, nekonkrečios ar netinkamos, pagaliau šios taisyklės palengvina verslininkui atlikti apskaičiavimus bei plėtoti verslą. Savaime suprantama, bendrosios sandorio sudarymo sąlygos niekada nesiekė vien tik įmonės racionalizavimo. Priešingai, pagal galimybę jos padeda verslininkui užkrauti teisinę sutarties įgyvendinimo riziką kitai šaliai. Tipiškos yra išlygos, šalinančios verslininko atsakomybę dėl sutarties nevykdymo arba netinkamo vykdymo, taip pat išlygos, kurios suteikia jam teisę jau po sutarties sudarymo smarkiai pakelti kainą ar įvykdyti sutartį kita preke, nei buvo susitarta. Tuo tarpu *klientui* bendrosios sandorio sudarymo sąlygos draudžia įskaityti priešingus reikalavimus, apsunkina atsisakymą nuo sutarties bei griežtina jo atsakomybę tais atvejais, kai sutarties sąlygos įvykdomos pavėluotai. Šiandien visi sutaria, kad tiek įstatymų leidėjai, tiek ir teismų praktika tokių išlygų galiojimui turi nustatyti konkrečias ribas. Tačiau neaišku, kokia yra vidinė priežastis, kuri pateisintų bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų galiojimo patikrinimą. Vien tos aplinkybės, kad klientas jam nepalankias išlygas priėmė neprieštaraudamas, neužtenka. Priešingai, lemiamas klausimas būtų, *kodėl* klientas taip elgiasi. Dažniausiai tvirtinama, kad tai priklauso nuo nelygios derybininkų galios *(unequal bargaining power)*. Atsižvelgiant į ekonominį įmonės pranašumą klientui nelieka nieko kito, kaip tik paklusti bendrosioms sandorio sudarymo sąlygoms. Kartais jis yra susijęs su monopolinę padėtį užimančiu verslininku ir jau vien todėl jam nereikia derėtis dėl sutarties turinio. Net ir ten, kur yra konkurencija, paprastai visi konkurentai naudoja tas pačias bendrąsias sutarties sąlygas. Dažnai atkreipiamas dėmesys ir į verslininko psichologinę bei intelektinę persvarą. Ši persvara pasireiškia tuo, kad jo verslo patyrimas yra kur kas didesnis, ir kiekvienas kliento protestas prieš nepalankias bendrąsias sandorio sudarymo sąlygas yra beprasmis. Tai galima paaiškinti tuo, kad, kaip rašė Friedrichas Kessleris savo įtakingame ir daug kartų cituotame darbe 1943 metais,

standard contracts in particular could... become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals (ten pat, p. 640).

Mintis, kad kalbėdami apie bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų galiojimo kontrolę galvoje turime silpnojo ir nepatyrusiojo apsaugą nuo galingojo ir apsukriojo, teisinėje politinėje diskusijoje pasirodė esanti nepaprastai veiksminga. Po to, kai šį šūkį pažangus vartotojų gynimo judėjimas užrašė savo vėliavose, daugelyje Europos šalių nuo aštuntojo dešimtmečio pradžios įsigaliojo įstatymai, kurie, nors nevienodos apimties, bet remiasi nuomone, kad vartotojas, kaip „silpnesnė" sutarties šalis, turėtų būti apsaugotas nuo sutarties išlygų, kurias jam, piktnaudžiaudami savo ekonomine persvara, primeta verslininkai.

Tačiau labai abejotina, ar ši mintis sudaro reikalo esmę. Žinoma, būna atvejų, kai klientas norėtų priešintis nepalankiai sutarties sudarymo sąlygai, bet to nedaro tik todėl, kad derybos dėl tos sutarties sąlygos, atsižvelgiant į ekonominę ar kitokią verslininko persvarą, atrodo beviltiškos. Tačiau tai nėra taisyklė. Tai rodo ir ta aplinkybė, kad šias išankstines sutarties sudarymo išlygas ir labiau patyrusios sutarties šalys priima be pasipriešinimo net tokiose šakose, kuriose tarp siūlytojų yra didžiulė konkurencija ir apie jų ekonominį pranašumą negali būti nė kalbos. Verslininkai nesideri ir dėl bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų, kurias jiems iš anksto pateikia vežėjai, sandėlių savininkai, kreditavimo ar apsaugos firmos, turinio. Jeigu visais šiais atvejais klientas paklūsta verslininko sandorio sudarymo sąlygoms, tai tik todėl, kad į šias pastangas neverta investuoti laiko ir pinigų, kurie būtini naujoms deryboms dėl sandorio sudarymo sąlygų pakeitimo arba naujo pasiūlymo suradimo. Visai nesvarbu, kas – privatus fizinis asmuo ar verslininkas – stato automobilį į saugojimo garažą, sudaro pervežimo sutartį ar perka duomenų apdorojimo įrenginį, jis priima sutarties partnerio pasiūlytas sandorio sudarymo sąlygas be jokių diskusijų ne todėl, kad jos primestos *powerful industrial or commercial overlord* (galingų pramonės ir komercijos magnatų), bet todėl, kad išlaidos, kurios atsirastų dėl derybų ar palankesnio siūlymo ieškojimo, būtų didesnės, nei pasiekta nauda. Verslininkas šią aplinkybę išnaudoja klientui perkeldamas sutartinę riziką, kylančią iš sutartinių sąlygų, ir taip spekuliuoja tuo, kad šis dėl minėtų priežasčių nesiderės. Klientas pareiškia sutinkąs su sutarties sąlygomis. Tai neprieštarauja sutarties sudarymo laisvei, jei ji paklūsta teisinei kontrolei. Nes šis principas reikalauja gerbti sutartį tik tada, kai kiekviena šalis turėjo palankų šansą atkreipti dėmesį į sutarties turinį. Kad klientas šiais vyraujančiais atvejais tokio šanso neturi, priklauso ne nuo ekonominės ar kitokios verslininko persvaros, bet nuo pernelyg didelių sandorio išlaidų, kurios atsirastų suvokus tą šansą.

Tuo taip pat paaiškinama, kodėl tarp panašių prekių ir paslaugų siūlytojų konkurencijos siekiama remiantis kaina ir kokybe, o ne sutarties sudarymo sąlygomis. Kitaip yra tik tuo atveju, kai sutartinė išlyga nagrinėja tik labai paprastas sutarties sąlygas, pavyzdžiui, nupirktam automobiliui suteikta garantijos trukmė. Šią sąlygą klientas supranta be didelių pastangų ir gali sulyginti su kitais siūlymais. Tačiau paprastai bendrosios sandorio sudarymo sąlygos yra susijusios su sudėtingais sutarties rizikos paskirstymo klausimais. Įvertinimui ir tuo labiau palyginimui su atitinkamomis kitų siūlytojų sutarties išlygomis reikia didelių išlaidų, kurios klientui neapsimoka, ir todėl tai neįvyksta. Kodėl dulkių siurblio pirkėjas turėtų siekti derybų dėl bendrų sandorio sudarymo sąlygų, kurios jam užkrautų išlaidas už defektuoto prietaiso grąžinimą, pakeitimo, jei vidutiniškai tik vienas iš

šimto dulkių siurblių yra su trūkumais ir šiuo atveju transportavimo išlaidos sudaro tik mažą sumą? Palyginkime *Trebilcock/Dewees*, Judicial Control of Standard Form Contracts, atspausdinta: *Burrows/Veljanovski* (leidėjas), The Economic Approach to Law (1981) 93; *Rakoff*, ten pat; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (1995) 420 ir kt.; *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986) 155, 170 ir kt.

1. *Vokietijos teisinė erdvė.* Ilgą laiką *Vokietijos Federacinėje Respublikoje* nuo neteisingų sutarties sąlygų saugojo tik teismų praktika. Ji sustojo ties klausimu, ar ginčytinos bendrosios sandorio sudarymo sąlygos apskritai yra sutarties dalis. Tuo buvo suabejota, nes klientui bendrosios sandorio sudarymo sąlygos paprastai pranešamos tik vos išskaitomo šrifto tekstu, slaptomis nuorodomis ant drabužinės numeriuko atvirkščiosios pusės ar paprastu skelbimu ant banko kasos langelio. Tiesa, teismų praktika šiuo atveju buvo gana kilniaširdiška. Imperijos Teismas ilgą laiką manė, kad sutarčių sudarymas, remiantis bendrosiomis sandorio sudarymo sąlygomis, vargu ar yra „tikras" susitarimas. Kaip rašoma RG DR 1941, 1210, „tai labiau panašu į paklusimą visiškai paruoštai teisės sistemai, ir todėl „mažai kas priklauso nuo to, kas savanoriškai stojančiajam į šią teisės sistemą žinoma apie jos turinį". Nors Vokietijos Aukščiausiasis Teismas ir neperėmė šių formuluočių, tačiau, šiaip ar taip, nepareiškė abejonės dėl bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų pripažinimo sutarties dalimi, jei buvo kalbama apie plačiai žinomas sąlygas, apie kurių buvimą sąžiningas klientas privalėjo žinoti arba kurių pripažinimui jis turėjo pasiruošti (plg., pvz., BGHZ 33, 216, 219). Gi Vokietijos Aukščiausiasis Teismas priėmė sprendimą, kad į sutartį galėtų būti įtrauktos tik tokios išlygos, „kurios ją daro pigesnę ir teisingesnę" (BGHZ 17, 1, 3). „Netikėtoms" ar „neįprastoms" išlygoms kliento sutikimas nėra taikomas. Pirmiausia teismų praktika daugeliu atvejų pasinaudojo išmėgintu *siaurinamuoju aiškinimo* būdu. Iš karto buvo nuspręsta, kad ginčytina išlyga esanti neaiški arba daugiareikšmė (kokie tai daug svarbos turintys žodžiai, jeigu tik įsigilintume, tiesa?) ir todėl visi neaiškumai yra sprendžiami kliento naudai. Ši nuostata pagrįsta tuo, kad esant abejonei bet kokie atsakomybės apribojimai yra aiškinami siaurinamai arba tuo, kad daugiareikšmės išlygos aiškinamos *contra proferentem*, tai yra tos šalies, kuri jas pateikė, nenaudai.

Jeigu teisėjai pasinaudojo „siaurinamuoju aiškinimo" būdu, kai kalbama apie išlygas, kurių klientas iš tiesų „nenorėjo", tai tikrasis teismų praktikos motyvas visais atvejais yra tai, kad šių išlygų *turiniui* nebuvo pritarta. Todėl buvo kalbama apie tai, kad teisėjai turėtų vykdyti „paslėptą" sutarties turinio kontrolę. Iš tiesų pagrindinis klausimas šiais atvejais būtų, ar išlyga peiktina dėl *turinio*. Šis klausimas keliamas tik ten, kur teismai pereina į „atvirą turinio kontrolę". Šį žingsnį Vokietijos teismai jau žengė. Imperijos Teismas ryžosi tai padaryti ten, kur verslininkas tam tikras sutarties sąlygas primetė klientui, išnaudodamas savo monopolinę padėtį, tai yra ten, „kur verslininkai, kurie plėtoja nepamainomą verslą ir tam tikra prasme užima monopolinę padėtį, išnaudoja susiklosčiusias sunkias aplinkybes todėl, kad išsiderėtų ypatingą teisinį pranašumą, ir taip civilinei apyvartai primestų ypatingus saitus" (RGZ 103, 82, 93). Jau 1935 metais Ludwigas Raiseris savo veikale *Das Recht der ABG* atkreipė dėmesį į tai, kad sutarčių sudarymo laisve galima piktnaudžiauti ne tik ten, kur bendrosios sandorio sudarymo sąlygos primetamos remiantis ekonomine galia, tačiau ir tais atvejais, kai šalis, kuri jas parengė, „spekuliuoja savo klientų abejingumu ir teisiniu nepatyrimu" ir taip įgyja „intelektinę persvarą" (ten pat, p. 284). Po Antrojo pasaulinio karo ši mintis įsitvirtino teismų praktikoje, ir Vokietijos Aukščiausiasis Teismas nuo šeštojo dešimtmečio vidurio per-

ėjo prie „atviros turinio kontrolės“, išplėtodamas įvertinimo kriterijus, kuriais leidžiama vertinti bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų tinkamumą. Teismas rėmėsi Vokietijos CK 242 straipsniu. Tačiau aišku, kad primygtinis pagrindinės išlygos prašymas yra labiau ritualinio pobūdžio: „teisinio vertinimo sugebėjimo“ sąvokų 242 straipsnyje nėra; priešingai, kalbama apie „grynąją“ teisėjų teisę ir Vokietijos teismų praktikos įtaką.

Aštuntąjį dešimtmetį viešpatavo nuomonė, kad turėtų veikti įstatymų leidėjas. Reikalavimas, kad tokiai svarbiai ir vis labiau išsišakojančiai teismų praktikai reiktų įstatyminės bazės, susivienijo su politiniu interesu, kurio tikslas – vartotojų gynimo srityje atlikti ką nors parodomo. Greitai buvo paruoštas pirmasis įstatymo projektas; jis, žinoma, pleveno po vartotojų gynimo vėliava, reguliuodamas bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų kontrolę tiek, kiek tai atitinka neverslininko interesus. Buvo gyvai kritikuojama dėl to, kaip galima paaiškinti tuos atvejus, kad Vokietijos Aukščiausiojo Teismo praktika iki šiol išimtinai nagrinėjo atvejus, kuriuose abi šalys buvo verslininkai. Įstatymo projektas buvo atitinkamai pakeistas; įspėjantys balsai, kurie šios problemos nenorėjo įvilkti į specialųjį įstatymą, o tik įpinti į civilinį kodeksą, negalėjo prasimušti, ir taip 1977 m. balandžio 1 d. įsigaliojo „Įstatymas apie bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų teisės reguliavimą“.

Kai kurios šio įstatymo nuostatos fiksuoja principus, kuriuos teismų praktika jau buvo išplėtojusi. Čia priskirtume „neaiškumo taisyklę“ (5 str.), taigi neaiškių bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų *contra proferentem* aiškinimą klientų naudai, taip pat principą, kad esant prieštaravimui tarp bendrosios sandorio sudarymo sąlygos ir individualaus susitarimo, vadovaujamasi individualiu susitarimu (4 str.), pagaliau taisyklė, kad „netikėtos išlygos“ nėra pripažįstamos sutarties dalimi, jei jos „yra tiek neįprastos, kad sutarties šalis neturėjo tikėti jų egzistavimu“ (3 str.). Nieko naujo nėra ir 6 straipsnyje, kuriame kalbama, kad tais atvejais, kai negalioja bendrosios sandorio sudarymo sąlygos, pati sutartis pripažįstama galiojančia, o užpildyti spragoms, atsiradusioms dėl bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų negaliojimo, taikomos dispozityvinės Vokietijos CK (arba kitų įstatymų) normos. Daug vargo įstatymų leidėjas su 9 straipsnio turiniu. Nors šiame straipsnyje daugiau žodžių, nei Vokietijos CK 242 straipsnyje, jis nedaro nieko, kaip tik keletą maloniai skambančių tuščių formulių prijungia prie jau žinomo 242 straipsnio. Bendrosios sandorio sudarymo sąlygos, taip rašoma, yra negaliojančios, jeigu jos pernelyg siaurina kliento „esmines“ teises ar pareigas, kurios atsiranda iš „sutarčių esmės“ ir taip „trukdo pasiekti sutarties tikslą“. Savaime suprantama, nereikia ir 9 straipsnio, kai kalbame apie sąlygas, kurios yra 10 ir 11 straipsniuose pateiktame negaliojančių sąlygų sąraše. Ir čia įstatymų leidėjas orientavosi į teismų praktikos patyrimą; tačiau teismų išplėtotas taisykles jis detalizavo ir tuo pačiu apibendrino bei į negaliojančių sąlygų sąrašą įtraukė tokias, kurios teismų praktikoje iki šiol nebuvo nagrinėtos.

Bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų įstatymas galioja iš esmės ir tada, kai dėl bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų susitaria verslininkai. Todėl negalima kalbėti apie tai, kad šio įstatymo tikslas – tik „vartotojų gynimas“. Tačiau teisinga tai, kad atskiros įstatymo nuostatos negalioja santykiuose tarp verslininkų (24 str.), ypač 10 ir 11 straipsniai, kuriuose konkrečios bendrosios sandorio sudarymo sąlygos apibrėžiamos kaip negaliojančios. Teismų praktikoje nekyla abejonių, kad 9 straipsnis taikomas visais atvejais. Taigi 10 ir 11 straipsniai, remiantis 9 straipsniu, gali būti taikomi ir santykiams tarp verslininkų.

Austrijos vartotojų teisių gynimo įstatymas galioja, kaip sako ir pats pavadinimas, tik „sutartims tarp komercinių ūkinių santykių subjektų ir vartotojų“. Tokiose sutartyse negaliojan-

čiomis yra pripažįstamos visos sutarties sąlygos, kurios patenka į uždraustų sąlygų sąrašą (6 str. 1 d.) nepriklausomai nuo to, ar kalbama apie bendrąsias sandorio sudarymo sąlygas, ar individualius susitarimus. Tik 6 str. 2 d. įvardytos kelios sąlygos, kurias įstatymų leidėjas pripažįsta negaliojančiomis tik tuo atveju, jeigu jos yra pateikiamos bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų forma.

Ir Austrijos teisėje teisingai suvokta, kad nėra pagrindo nekontroliuoti sutarčių, kurių šalys yra verslininkai, turinio. Todėl pagal Austrijos CK 879 str. 3 d. „bendrosiose sandorio sudarymo sąlygose ar sutarties formose" esanti sąlyga yra niekinė, jei ji, „atsižvelgus į visas konkretaus atvejo aplinkybes, šiurkščiai nuskriaudžia kitą šalį". Sutarties dalimi nėra pripažįstamos ir tokios sąlygos, kurių turinys yra „neįprastas"; tai tokie atvejai, „kai, atsižvelgiant į konkrečias aplinkybes bei pateikto dokumento formą, jų negalėjo tikėtis konkreti šalis" (Austrijos CK 864 a str.). „Neaiškumų taisyklės" nereikėjo, nes Austrijos 915 straipsnis jau turi atitinkamą aiškinimo principą, naudojamą visoms sutartims.

Šveicarijos teismai, užtikrindami gynybą nuo neteisingų sutarties sąlygų, iš esmės remiasi bendrąja civiline teise. Taip nė viena sutarties šalis negali remtis sutartyje numatytu atsakomybės nebuvimu, jei ji veikė tyčia ar neatsargiai (Šveicarijos PK 100 str., 1 d.). Iš esmės tai „užslėpta" turinio kontrolė. „Neįprastumo taisyklė" reiškia, kad bendrosios sandorio sudarymo sąlygos nėra privalomos, jei šalis, kuriai jos nenaudingos, negalėjo tikėtis šių sąlygų egzistavimo. Pagal Šveicarijos federalinio teismo nuolatinę praktiką „neįprastomis" vadinamos išlygos, kurios komerciniuose ir ūkiniuose santykiuose nepatyrusiojo asmens nenaudai pakeičia bendrąjį teritorinį teismingumą, t.y. numato, kad ginčas bus nagrinėjamas kitame, nei jo gyvenamoji vieta, teisme. Jos yra pripažįstamos galiojančiomis tik tuo atveju, kai susitarimas dėl bendrojo teritorinio teismingumo pakeitimo aiškiai ir nedviprasmiškai išplaukia iš kitų sutarties sąlygų (BGE 91 I 11,14). „Neaiškumų taisyklė" turi ir teigiamų dalykų. Tikroji sutarties turinio kontrolė, kuri galėtų orientuotis į gerus papročius, viešąją tvarką ar per didelį laisvės apribojimą (plg. Šveicarijos PK 19 ir kt. str., Šveicarijos CK 27 str. 2 d.), teismų praktikoje vykdoma santūriai (plg., pvz., BGE 109 II 213).

1986 metais išspręsti problemos nepavyko ir Šveicarijos įstatymų leidėjui. Į federalinį įstatymą Dėl nesąžiningos konkurencijos buvo įtraukta nuostata, pagal kurią „nesąžiningai" veikia tas, kuris naudoja bendrąsias sandorio sudarymo sąlygas, „esminiai nukrypstančias nuo įstatymų" ar „numatančias sutarties prigimčiai prieštaraujantį teisių ir pareigų paskirstymą". Tai galioja tik tada, kai bendrosios sandorio sudarymo sąlygos suformuluotos „klaidinamai", tai yra, kai jų nuostolingas poveikis pasireiškia užslėptu daugiareikšmiu, neaiškiu ar sudėtingu formulavimu, arba jei jis paslėptas didelės apimties tekste. Net jei šios sąlygos ir įvykdomos, aišku, kad tokių klaidinamų bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų panaudojimas yra „nesąžiningas". Kitas klausimas, dėl ko ginčijamasi, ar jos yra niekinės dėl prieštaravimo Šveicarijos PK 19 ir 20 straipsniams. Palyginkime apie tai kritiškai *Kramer*, atspausdinta: Berner Kommentar, VI tomas, Šveicarijos PK 19-20 str. Rn. 281 ir kt.; *Merz*, ten pat, p. 55 ir kt.

2. *Romanų teisinė erdvė.* Ir Prancūzijos teismų praktika užtikrino apsaugą nuo neteisingų sutarties sąlygų. Ji įvedė neaiškumo taisykles arba atsisakė pripažinti išlygą, kuri buvo sufor-

muluota neaiškiai ar išspausdinta smulkiu šriftu, arba klientui apie ją buvo pranešta tuo metu, kai sutartis jau buvo sudaryta (plg. *Calais-Auloy*, ten pat, Nr. 136). Ir sutartinis atsakomybės pašalinimas tam tikromis aplinkybėmis laikomas negaliojančiu. Taigi niekas, kam klastingumas ar šiurkštus neatsargumas *(dol ou faute lourde equivalente au dol)* tampa našta, negali remtis sutartiniu atsakomybės nebuvimu. Ypač didelę pritaikomąją reikšmę turi teismų praktikos išplėtotas principas, pagal kurį brokuotų prekių pardavėjas, esantis komercinės teisės subjektu, turi elgtis taip, tarsi trūkumai jam buvo žinomi. Šiuo atveju Prancūzijos CK 1643 straipsnis draudžia pardavėjui apskųsti sutartinį atsakomybės nebuvimą, vadinasi, atitinkamos bendrosios sandorio sudarymo sąlygos (arba individualūs susitarimai) yra negaliojančios, nebent pirkėjas žinojo apie prekės trūkumą ir todėl jo nereikia ginti, nes jis pats, kaip verslininkas, prekiauja panašių savybių prekėmis (plg. Civ. 1978.10.30 ir Com. 1978. 11. 6, J.C.P. 1979. II. 19178 su *Chestin* pastabomis). Pagal Prancūzijos KK 103 straipsnį negaliojančiomis yra pripažįstamos sutarčių dėl prekių pervežimo sąlygos, šalinančios atsakomybę.

Visos įvardytos taisyklės galioja nepriklausomai nuo to, ar atsakomybės panaikinimas yra individualus susitarimas, ar bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų dalis. Šios taisyklės nėra skirtos specialiai tik vartotojams ginti. Tačiau vartotojų gynimas yra daugelio naujų įstatymų, reglamentuojančių sutarčių sudarymą, kurių vieta ir šalis dažniausiai yra vartotojai, tikslas. Šiais įstatymais smulkiai reglamentuojamas tokių sutarčių turinys, ir taip užkertamas kelias piktnaudžiavimui bendrosiomis sandorio sudarymo sąlygomis. Prie tokių sutarčių priskirtinos: buto nuomos sutartis, sutartis apie vartotojų kredito užtikrinimą (su ypatingomis taisyklėmis tam atvejui, jei kreditas turi būti panaudotas vartojimo prekėms ar žemės nuosavybei įsigyti), neakivaizdinių studijų sutartis, „iš karto sudaromos sutartys“, kuriose įstatymų leidėjas papildomai išskiria, ar vartotojas sudarė pirkimo ir pardavimo sutartį, ar paėmė kreditą; toliau būtų sutartys apie jau pastatytų ar dar statomų pastatų ar privačių butų įsigijimą.

Be to, Prancūzijos įstatymų leidėjas ėmėsi priemonių, kurių tikslas – sukurti bendrą apsaugos nuo piktnaudžiavimo sutarties sąlygomis *(clauses abusives)* sistemą, kuri nepriklausytų nuo konkrečios sutarties rūšies. Tiesa, jis pasirinko ypatingą kelią. 1978 m. sausio 10 d. įstatymo Nr.78-23 35 straipsniu vyriausybė buvo įpareigota priimti nutarimą, kuris sutartyse tarp verslininkų ir vartotojų draudžia konkrečias išlygas, jei jos verslininkui suteikia didelį pranašumą, ir pagrįstai atrodo priėmimas, kad jos *par un abus de la puissance economique.*

Šiam tikslui sukurta vyriausybinė *Commission des clauses abusives* tokių nutarimų turiniui pateikė daug siūlymų. Tačiau vyriausybė nepritarė šiems siūlymams (su viena vienintele išimtimi), o viltis, kad verslininkai savanoriškai patys orientuosis į šiuos siūlymus, nepasitvirtino. Tik 1991 metais kasacinis teismas drąsiu sprendimu iš esmės išsprendė problemą. Šis sprendimas, atitinkantis raidę, tačiau neatitinkantis jo sudarytojų valios, patvirtino, kad sutartinius susitarimus, kurie atitinka įstatymo 35 straipsnio sąlygas, ir *teismai* gali pripažinti negaliojančiais (Civ.1991.5.14, D.S. 1991, 449 su *Chestin* pastabomis; taip pat Civ. 1993.5.26, J.C.P. 11. 22158 su *Paisant* pastabomis; Civ. 1994.1.6, J.C.P. 1994. II. 22237 su *Paisant* pastabomis).

Italijos teisė nusipelno ypatingo susidomėjimo todėl, kad Italijos CK jau nuo pat jo įsigaliojimo datos 1942 metais 1341, 1343 ir 1370 straipsniuose turi nuostatą, kuri svarsto bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų problemą. Italijos CK, palyginus su kitais Europos valstybių

civiliniais kodeksais, yra naujoviškas. Tiesa, plėtojimasis privedė prie to, kad nuostata, kuri 1942 m. buvo moderni, šiuo metu nebetenkina ir pirmiausia dėl to, kad suteikia galimybę ne „atvirai", o „užslėptai" bendrųjų sutarties sąlygų turinio kontrolei.

1370 straipsnyje randame mums jau žinomą aiškinimo taisyklę, kurioje rašoma taip: „Išlygos, esančios bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų ar tipinių sutarčių dalimi, aiškinamos tos šalies naudai, kuriai jos pateiktos." 1342 straipsnis numato, kad susitarimai, kuriuos sutarties šalys pridėjo prie iš anksto paruošto bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų teksto, turi pirmenybės teisę, jeigu jie prieštarauja tam tekstui. Klausimą, kokiomis sąlygomis bendrosios sandorio sudarymo sąlygos tampa sutarties dalimi, nagrinėja 1341 straipsnis. Pagal šio straipsnio 1 dalį užtenka to, kad klientas apie bendrąsias sandorio sudarymo sąlygas žinojo sutarties sudarymo metu arba kad jis apie jas, kaip protingas žmogus, galėjo žinoti. Tiesa, reikalavimai 2 dalyje sugriežtinami; čia išvardijamos konkrečios bendrosios sandorio sudarymo sąlygos, kurios dėl savo pavojingumo yra galiojančios tik tada, jeigu klientas jų galiojimui pritarė „ypatingu raštišku pranešimu". Prie tokių sąlygų priskiriamos: sąlygos, ribojančios verslininkų atsakomybę arba jam suteikiančios teisę atsisakyti nuo sutarties ar sustabdyti tolesnį vykdymą; sąlygos, įtvirtinančios naikinamuosius terminus, kai kalbama apie galimybę remtis priklausančia materialine subjektine teise; sąlygos, apribojančios sutartinius šalies santykius su trečiaisiais asmenimis (pvz., perpardavimas tvirtomis kainomis); sąlygos, kurios numato sutarties pratęsimą ar atnaujinimą tylėjimu, taip pat susitarimai dėl teritorinio teismingumo ir arbitražinės išlygos.

Praktikoje 1341 str. 2 d. panaudojimas yra problemiškas. Kyla klausimas, ar ginčytina sąlyga priskiriama prie nutarime išvardytų „pavojingų". Nes teismų praktika ekstensyviai interpretavo sąlygų sąrašą ir 1341 str. 2 d. taikė ir tais atvejais, kai sąlyga sukelia tokių pačių padarinių, kaip ir viena iš nedviprasmiškai išvardytųjų. Tačiau abejojama, kokioms sąlygoms esant gali būti daroma prielaida, kad kliento sutikimas turįs būti pateiktas „ypatingu raštišku pareiškimu". Jeigu, pavyzdžiui, bendrosios sandorio sudarymo sąlygos klientui pateikiamos užbaigtos, neaišku, ar užtenka to, jeigu „ypač pavojingos" išlygos tiesiogiai nurodomos tik numeriu, kuriuo jos pasirodo užbaigtame bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų variante, tačiau galbūt nedviprasmiškai turi būti nurodomas ir išlygų *turinys* – gal net ryškesniu šriftu (plg. Cass. 1973.5.29, Nr. 1610, Foro pad. 1973 I 177; Cass. 1974.11.5, Nr. 3355, Temi 1977, 151). Išvadoje galiausiai remiamasi tuo, kad tipografiniais, arba redakciniais, išlygų formulavimo ypatumais vis tiek nepasiekiama norimo rezultato, kadangi klientas nėra skatinamas keisti išlygų turinio.

3. Bendroji teisė. Jau ir XIX a. Anglijoje randame keletą sprendimų, kuriuose teismai nubrėžė nesąžiningų sutarties sąlygų galiojimo ribas. Vadinamosiose *ticket cases* (bilietų bylose) jie pakartotinai nepripažino išlygų dėl atleidimo nuo atsakomybės už neatsargų prievolės pažeidimą. Teismas nustatė, kad tais atvejais, kai išlygos spausdinamos kitoje traukinio bilieto pusėje ar iškabinamos geležinkelio stotyje, preziumuojama, kad toks pateikimo būdas yra netinkamas (plg. *Parker* v. *South Eastern Railway Co.* [1877] 2 C.P.D. 416). Ir tas, kuris išsinuomoja paplūdimyje gultą ir sumokėjęs už jį gauna raštelį, negali tikėtis, kad kitoje jo pusėje bus nurodytas atsakomybės nebuvimas, kuris, jei pliažo gultas suluš, atims iš kliento galimybę pareikalauti žalos, atsiradusios dėl kūno sužalojimo, atlyginimo (*Chapelton* v. *Barry Urban District Council* [1940] 1 K.B.532). Vėlesniame sprendime Apeliacinis teismas lai-

kėsi nuomonės, kad šalis savo suformuluotą sutarties sąlygą turi tuo aiškiau pranešti kitai sutarties šaliai, kuo ji neįprastesnė ir labiau ją 'apsunkinanti.

Palyginkime *Interfoto Library Ltd.* v. *Stiletto Ltd.* [1989] 1 Q.B. 433 su ypač vertingu ir lyginamuoju teisės požiūriu argumentuotu *L.J. Binghamo* votumu. Tačiau ar tikrai tai turi priklausyti nuo to, ar išlygoms pakankamai sunaudota spaustuvės dažų, o galbūt išlygos turi būti nurodytos dar ir raudona rodykle?

Pamažu teismų praktika priėjo prie išvados, kad išlygos, remiantis sutarčių sudarymo laisvės principu, dėl atleidimo nuo atsakomybės už neatsargų prievolės pažeidimą yra galiojančios, tačiau panaudojant neaiškių sutarties sąlygų aiškinimo taisykles turi būti ribojamos. Tik po Antrojo pasaulinio karo atsiranda sąlygos „atvirai“ turinio kontrolei. Ypač svarbią reikšmę čia turėjo teismų praktikos suformuluota taisyklė, pagal kurią atsakomybės nebuvimas pripažįstamas negaliojančiu tik tada, kai sutarties pažeidimas, kuriuo remiasi atsakomybė, reiškia *fundamental breach of contract* (esminį sutarties pažeidimą). Tai pateisina nuomonė, kad esant „esminiam“ sutarties pažeidimui pasibaigia ne tik sutartis, bet ir išlygų galiojimas. Tiesa, visuomet buvo abejojama, kuo skiriasi „įprasti“ sutarties pažeidimai nuo „esminių“; taip pat buvo abejojama ir tuo, ar aprašytosiose taisyklėse kalbama tik apie aiškinimo principą, pagal kurį abejonės dėl išimties išlygos gali būti aiškinamos dvejopai: pirma, esminis pažeidimas neapima išlygų galiojimo, antra, *fundamental breach* (esminis pažeidimas) automatiškai reiškia išlygų, ribojančių atsakomybę, negaliojimą.

Svarbiu 1980 metų sprendimu Lordų Rūmai atsisveikino su teorija apie esminį sutarties pažeidimą.

Ieškovė reikalavo iš atsakovo – vienos apsaugos firmos, atlyginti nuostolius už tai, kad vienas šios firmos darbuotojas, atlikdamas kontrolinį patikrinimą jos fabriko pastatuose, sukėlė gaisrą, kuris kilo dėl aplink gulėjusių lengvai užsidegančių medžiagų ir visai sunaikino pastatą. Atsakovas gynėsi sutartinės išlygos nuostata, kurioje buvo rašoma, kad jis *under no circumstances* (jokiomis aplinkybėms) nėra atsakingas už savo darbuotojų padarytus nuostolius. Ši sąlyga neturėjo galioti, jei kelią nuostolių atsiradimui atsakovas galėjo užkirsti savo rūpestingu elgesiu. Bet buvo neginčijama, kad jis savo darbuotoją paskyrė rūpestingai, ir kad šis dėl to nekaltas. Tačiau Apeliacinis teismas patenkino ieškinį, nes jis manė, kad gaisro sukėlimas greitai užsidegančiame pastate apsaugos firmai reiškia esminį sutarties pažeidimą, tuo pačiu išimties išlyga esanti negaliojanti. Lordų Rūmai atmetė ieškinį motyvuodami tuo, kad teorija apie esminį sutarties pažeidimą yra nepriimtina, kadangi sutartyje esminę reikšmę turi susitarimai, o ypač išimties išlyga, kuri, teisingai ją išaiškinus, apima ir pateiktąjį pavyzdį (Photo Production Ltd. v. Securitor Transport Ltd. [1980] W.L.R. 283). *Lordo Wilberforce* votume pripažįstama, kad teorija apie esminį sutarties pažeidimą atlieka teigiamą funkciją, nes su jos pagalba pašalinamos nesąžiningos sutarties sąlygos. Tačiau dėl jos praktinio panaudojimo teismai turėjo daug sunkumų. Įstatymų leidėjas, išleisdamas 1977 *Unfair Contract Terms Act* (Nesąžiningų sutarties sąlygų įstatymą), suteikia galimybę nesąžiningas sutarties sąlygas laikyti negaliojančiomis ypač tada, jei jos taikomos santykiuose su vartotojais: *After this Act, in commercial matters generally, when the parties are not of unequal bargaining power, and when the risks are normally borne by insurance, not only is the case for judicial intervention undemonstrated, but there is everything to be said, and this seems to have been*

Parliament's intention, for leaving the parties free to apportion the risks as they think fit and for respecting their decisions (ten pat, p. 289)

Anglijos įstatymų leidėjas nesąžiningų sutarties sąlygų problemą išsprendė keliais įstatymais. Svarbiausi iš jų būtų: 1974 metų *Consumer Credit Act* (Vartotojų kredito įstatymas), kuris reguliuoja kreditavimo sutarčių su vartotojais turinį, ir visų pirma 1977 metų *Unfair Contract Terms Act* (Nesąžiningų sutarties sąlygų įstatymas), kuris leidžia kontroliuoti atsakomybės nebuvimo ir atsakomybės apribojimų turinį.

Įstatymas neapima, kaip leidžia spėti ir pats pavadinimas, *unfair contract terms* (nesąžiningų sutarties sąlygų) bendrąja prasme, o tik atsakomybės nebuvimą ir atsakomybės apribojimus. Iš esmės jis taikomas tik verslininko atsakomybei, kuri konkrečiu atveju negalima ar apribojama dėl pačios *business liability* (komercinės ir ūkinės veiklos), arba žemės sklypo, kuris naudojamas šiems tikslams, valdymo. Daugelis įstatymo nuostatų, ypač tos, kurios kalba apie gamintojo ar pardavėjo atleidimą nuo atsakomybės už teisinius ir daikto trūkumus (žr. 5–7), griežtai galioja tik ten, kur pirkėjas, sudarydamas sutartį, buvo *consumer* (vartotojas). Įstatymas visur kalba tik apie sutartinę atsakomybę. Antrasis sakinys galioja ir deliktiniams reikalavimams dėl žalos atlyginimo, pagal kuriuos kalte pagrįsta atsakomybė negali būti ribojama sutarties sąlygomis vienašaliu šalies pareiškimu, jei kalbama apie žalos, atsiradusios dėl *kūno sužalojimo* ar *nužudymo*, atlyginimą. Tais atvejais, kai daikto trūkumai atsiranda dėl šalies kaltės, atsakomybę ribojančios sąlygos pripažįstamos galiojančiomis, jeigu jos yra *reasonable* (pagrįstos) (žr. 2 2 d., 11 5 d.). Kitose įstatymo nuostatose numatyta, kad pagrįstumas turi būti vertinamas ir tais atvejais, kai ginčytina išlyga dėl atleidimo nuo atsakomybės yra su nevartotoju sudarytoje sutartyje. Atsakomybės nebuvimas yra pagrįstas, kada galima pasakyti, *that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made* (žr. 11 1 d.). Specialiuose *Guidelines* (nurodymuose), kurie pridedami prie įstatymo kaip priedas, aprašomos aplinkybės, į kurias teisėjas turi atsižvelgti, tikrindamas išlygą dėl atleidimo nuo atsakomybės.

Jungtinių Amerikos Valstijų teisė pateikia daugialypį vaizdą, kurį apibūdinsime keliais pagrindiniais bruožais. Šiaurės Amerikos teismai, kaip ir kitos šalys, *standard terms* (tipines sąlygas) tam tikrais atvejais vertina kaip neįtrauktas į sutartį, išaiškinant *contra proferentem* ar kaip nevertas dėmesio, jei jos *ad hoc* nesuderintos su susitarimais (plg. *Restatement Contracts 2d* 203, 206, 211 str. su gausiais teismų praktikos nurodymais). Šalia atsiranda daug šių dienų įstatymų, kurie imperatyvinėmis normomis nustato pirkimo ir pardavimo, kreditavimo ir kitų sutarčių, kurios įprastai sudaromos su vartotojais, turinį. Bendra teisinė sutarties turinio kontrolė gali remtis principu, kad sutarties sąlygos yra niekinės, jei jos prieštarauja visuomenės interesų politikai *(public policy)*. Teismų praktika, besiremdama šiais argumentais, negaliojančiomis, pvz., laiko tokias išlygas, kuriomis *common carriers* (pervežimo firmos, siūlančios paslaugas visuomenei) bando išvengti atsakomybės už kaltą elgesį; joms prilyginamos *public utilities* (viešosios komunalinių paslaugų), taigi telefonų, radijo ir slaugos įmonės (Jungtinėse Valstijose šis verslas privačiose rankose); naujesnėje teismų praktikoje daroma prielaida, *that a banking business is a public business, and like the common carrier, the banking institution is not allowed to exculpate itself from its own negligence* (*Corbin*, 1472 str. [1982 papildymas]).

Esminį teisminio sutarčių turinio kontrolės pagrindą šiandien sudaro *Uniform Commercial Code* (Vieningo komercinio kodekso) 2-302 straipsniai. Pagal šiuos straipsnius teisėjas turi teisę pirkimo ir pardavimo sutartį ar atskiras tokios sutarties sąlygas pripažinti negaliojančiomis, jei jis nustato, kad sutartis ar jos sąlygos yra nesąžiningos *(unconscionable)*. Ši nuostata galioja neatsižvelgiant į tai, ar ginčytina sutarties sąlyga yra bendrosios sandorio sudarymo sąlygos išlyga, ar ne; tai galioja ne tik santykiuose tarp verslininkų, bet ir tuo atveju, kai pirkimo ir pardavimo sutartis sudaroma su fiziniu asmeniu. Pati sąvoka *unconscionable* (nesąžiningas) niekur nėra detaliai išaiškinta. Kalbama apie pagrindinę išlygą, kuri neapibrėžtumu palyginama su Vokietijos CK 242 straipsniu, todėl Amerikos teisininkams tai buvo neįprasta. Pasipylė gausybė straipsnių.

Palyginkime ypač įtakingą darbą, *Leff*, Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause, U.P.L.Rev.115 (1967); toliau *Epstein*, Unconscionability: A Critical Reappraisal, J.L.& Econ. 18 (1975) 293; *Kornhauser*, Unconscionability in Standard Forms, Calif.L. Rev.64 (1976) 1151; *Hillman*, Debunking Some Myths About Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2 – 302, Corn.L.Rev. 67 (1981) 1.

Teismuose ši nuostata sulaukė didelio atgarsio. Sukuriama regimybė, tarytum įprastinės bendrosios teisės sutarčių teisės doktrinos, pagal kurias sutartis dėl *undue influence* (piktnaudžiavimo įtaka), *durres* (prievartos) ar *fraud* (apgaulės) gali būti laikoma negaliojančia (plg. 31 VI str.), šalia naujojo Vieningo komercinio kodekso 2-302 straipsnių praranda savo reikšmę, kadangi kodekso tikslas yra „užslėptų" sutarties turinio sąlygų kontrolė. Šios nuostatos panaudotos šimtuose sprendimų. Jų populiarumo priežastis ta, kad savo tiksliu tekstu jos galioja tik pirkimo ir pardavimo sutartims, tačiau teismų praktikoje naudojamos ir kitoms Vieningame komerciniame kodekse įvardytoms sutarčių rūšims, net ir sutartims apskritai; argumentuojama, kad nuostata laikoma *merely declaratory of a general pre-existing principle* ir todėl galioja visai sutarčių teisei. Todėl JAV sutarčių teisės sąvadas padarė tam tikras išvadas. 208 straipsnyje rašoma:

If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contracts is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.

4. *Europos teisė*. 1993 m. balandžio 5 d. Europos Bendrija išleido direktyvą dėl neleistinų išlygų vartotojiškose sutartyse. Ji įpareigoja valstybes nares iki 1994 m. gruodžio 31 d. įteisinti nuostatas, kurios leistų teisėjui sutarties išlygą paskelbti negaliojančia, „jei ji, priešingai sąžiningumo ir teisingumo principui, vartotojo nenaudai sukelia sutarties šalių didelį ir nepateisinamą teisių ir pareigų neatitikimą (3 str.). Tuo turi būti sukurta minimali vartotojo apsauga, garantuojama visose valstybėse narėse. Direktyva įgalina valstybes nares laikytis ar išleisti nuostatas, kurios leistų didesnę apsaugą (8 str.); todėl direktyvos nepasiekia teisės suvienodinimo.

Direktyva taikoma tik tokioms išlygoms, dėl kurių susitariama vartotojiškose sutartyse. Vartotojas yra kiekvienas fizinis asmuo, kuris, sudarydamas sutartį, siekia tikslo, „kuris negali

būti priskirtas jo verslo ar profesinei veiklai" (2b str.). Asmenims, vykdantiems komercinę ir ūkinę veiklą, direktyva netaikoma. Taigi ji remiasi Prancūzijos teise, kuri 1978 m. sausio 10 d. įstatymu gina *non-professionnell ou consommateur*, o Vokietijos, Austrijos, Švedijos ir Olandijos teisė tokio apribojimo nežino.

Palyginkime Bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų įstatymo 9 ir 24 str., Austrijos CK 864a str. 3 d.; 879 str. 3 d.; Švedijos sutarčių įstatymo 36 straipsnį. Olandijoje asmuo, vykdantis komercinę ir ūkinę veiklą, negali remtis bendrąja Olandijos CK 6:233 str. išlyga, jei jis turi daugiau nei 50 darbuotojų arba jei įmonė yra įpareigota skelbti metinį balansą (Olandijos CK 6:235 I str.). Net ir šiuo atveju išlygos negaliojimas paaiškėja iš bendrojo principo, pagal kurį sutarties šalių elgesys turi sutapti su „sąžiningumo ir teisingumo" principu (Olandijos CK 6: 2 ir 6:248 str.).

Iš tiesų nesiūloma apriboti teisėjų įgaliojimų dėl sutarties išlygų patikrinimo tais atvejais, kai išlygos apsunkinta šalis sutartį sudarė kaip vartotojas. Tikrinant tarp verslininkų susitartas sutarties sąlygas taikomi lankstesni kriterijai, ir į atskiro atvejo aplinkybes atsižvelgiama labiau nei vartotojiškose sutartyse. Tačiau nėra įtikinamų priežasčių, kurios galėtų pateisinti, kad tarp verslininkų susitartos išlygos nebus kontroliuojamos. Matantieji politinį kontrolės pagrindą siekiant apsaugoti „silpnesniąją" šalį, turės pripažinti, kad ir santykiuose tarp verslininkų dažnai gali būti ryški ekonominės galios disproporcija. Prie tos pačios išvados prieina ir tas, kuris mano, kad derybos dėl bendrųjų sutarties sąlygų išlygų turinio paprastai neįvyksta dėl to, kad jos neapsimoka dėl per didelių derybų išlaidų. Nes taisyklė, kad niekas nedaro to, kas jam neapsimoka, galioja kiekvienam racionaliai mąstančiam žmogui – ar tai būtų vartotojas, ar verslininkas. Reikėtų suabejoti ir sutarčių išskyrimo į „vartotojiškas" bei įprastas, lygiai kaip ir skirtumo tarp vartotojų (jiems norima prilyginti ir „smulkiuosius" verslininkus) ir kitų sutarties šalių išskyrimo tikslingumu.

Prancūzijos teismų praktika mano, kad *non-professionnel ou consommateur* (neprofesionalu arba vartotoju) yra laikomas ir tas, kuris, sudaręs sutartį komercinėje ir ūkinėje veikloje, įsigyja prekių ir paslaugų, kuriomis jis pats neprekiauja ir apie kurias jis kaip pardavėjas mažai nutuokia. Palyginkime *Calais-Auloy*, ten pat, Nr. 145 ir Civ. 1987.4.28, D.1988,1 su *Delebecque* pastabomis (žemės sklypo makleris, kuris savo įstaigai perka signalizaciją, yra *consommateur*. Ir pagal Anglijos teismų praktiką laivų ar žemės sklypo makleris, kuris komerciniams tikslams iš prekybininko perka sunkvežimį, laikomas *as consumer*). Palyginkime *Peter Symmons & Co. v. Cook* [1981] New L.J. 758; *R & B Customs Brokers Co. Ltd. v. United Dominions Trust Ltd.* [1988] 1 All E.R. 847 ir dar kritiškai *Cheshire/Fifoot (-Furmston)* 185 ir kt. Tačiau Europos Teismas 1985 m. gruodžio 20 d. direktyvoje Apie iš karto sudaromus sandorius giminingą „vartotojo" sąvoką išaiškino siauriau: tas, kuris su laikraščio leidėju sudaręs sutartį paduoda skelbimą apie tai, kad parduoda savo įmonę, veikia ne kaip „vartotojas", nes tai priklauso tik nuo to, ar sandoris susijęs su komercine ir ūkine veikla, o ne nuo to, ar tai eilinis komercinis sandoris jo komercinėje ir ūkinėje veikloje, ar jis yra išimtinio pobūdžio; Europos Teismas 1991.3.14, SLG.1991, 1-1189 *(di Pinto)*.

Pagal direktyvą sutarties sąlyga gali būti pripažįstama negaliojančia tik tada, jei ji nėra „atskirai išsiderėta", taigi „iš anksto paruošta, ir todėl vartotojas... negalėjo paveikti jos turinio" (3 str. 2 d.). Taip direktyva vadovaujasi Vokietijos teise, kuri Bendrųjų sandorio sudary-

mo sąlygų įstatymo 1 straipsnyje priima iš esmės taip pat skambančią nuostatą. Prancūzijos 1978 m. sausio 10 d. įstatymas, priešingai, nežino *clauses prerédigées* (imperatyvių išlygų) apribojimo, lygiai kaip ir Švedijos bei Austrijos atitinkami įstatymai. Direktyvos išsprendimas, be abejo, būtų teisingas, jeigu reiktų bijoti, kad teismų praktika, jeigu ji galėtų tikrinti ir individualius susitarimus, pereitų į adekvačią individualių sutartinių įsipareigojimų kontrolę. Tačiau tokiam nepasitikėjimui priežasties nėra. Iš pačios direktyvos išplaukia, kad teisėjas negali patikrinti sutartinių įsipareigojimų vertės ir neatitikimo atveju sutartį laikyti negaliojančia (4 str. 2 d.). Iš esmės kalbama tik apie šalutinių sutarties sąlygų kontrolę. Santykiuose su vartotojais jos gali būti pripažįstamos „netinkamomis" net ir tuo atveju, jei dėl jų atskirai susitarta, tačiau praktikoje tai atsitinka retai. Taip pat niekas neabejoja, kad sutarties sąlygos paprastai yra niekinės, jeigu jos prieštarauja specialiesiems įstatymams, kurie gina vartotoją kaip kredito gavėją, turistą, pirkėją ar neakivaizdinio skyriaus studentą: šiais atvejais nepriklauso nuo to, ar sutarties sąlyga yra individualiai išsiderėta, ar iš anksto suformuluota. Taisyklė, pagal kurią galima patikrinti tik iš anksto suformuluotą išlygą, pirmiausia veda prie didelio teisinio nesaugumo. Nes dažnai dvejojama, ar klientas sutarties sudarymo metu išlygos turinį galėjo reikiamai „veikti" ar ne.

Vokietijos teismų praktika šiam atvejui siūlo gausią vaizdinę medžiagą. Pavyzdžiui, visą laiką ginčijamasi, ar verslininkas ginčytiną išlygą pagal aplinkybes „pasiūlė rimtai", ar „sutarties šaliai suteikė formulavimo teisę siekiant apginti savo interesus", ar jai buvo suteikta reali galimybė paveikti sutarties sąlygų turinio išdėstymą"; palyginkime BGH NJW 1988, 410. Vokietijos Aukščiausiasis Teismas savo nuolatinėje teismų praktikoje daro prieladą, kad išlyga, kuria naujo namo pardavėjas atleidžiamas nuo atsakomybės, laikoma „individualiu susitarimu", jeigu ji notaro siūlymu įtraukta į sutartį. Tačiau tokios išlygos galiojimą patikrina Vokietijos Aukščiausiasis Teismas (nors ne pagal Bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų įstatymą, bet pagal Vokietijos CK 242 str.); palyginkime BGHZ 101, 350, 353 ir kt.

5. *Prevencinė kontrolė.* Jei iš įstatymų ar teismų praktikos išplaukia tam tikrų neteisingų sutarties sąlygų negaliojimas, vadinasi, šalis, kuriai sutartis nenaudinga (remiantis šia nuostata), kitai šaliai gali pareikšti ieškinį arba atitinkamai gintis nuo jos ieškinio. Nors viena, tai yra svarbu, tačiau kita, yra pripažįstama, kad taip negali būti užkirstas kelias taikyti neteisingas sąlygas. Tai priklauso nuo to, kad šaliai, kuriai sutartis nenaudinga, daugeliu atvejų yra beprasmiška ir neprotinga remtis jos apsaugai išleistomis taisyklėmis, nes dėl to, kad šalis ar jos pasamdytas advokatas ras teisės normų, ves derybas su kontrahentu bei kai kuriais atvejais kreipsis į teismą, atsiras išlaidų ir pastangų, kurios labai dažnai daug didesnės, nei pats nuostolis, kuris šaliai atsiranda paklusus sutarties išlygai, kuri pagal įstatymą yra negaliojanti. Šios aplinkybės verslininkai neslepia, ir jiems yra paskata naudoti sutarties išlygas nepaisant jų neleistinumo bei tikėtis, kad daugelis klientų joms nesipriešins. Jei verslininkas yra susijęs su klientu, kuris yra pasiruošęs teisiniam ginčui, jis gali, jei tai atrodo naudinga, išvengti ieškinio tuo, kad tenkins jo norus, tačiau kitiems klientams toliau naudoja sutarties išlygas (sau neleistinas). Jei išlygos neleistinumas nustatomas teisminio proceso su vienu iš klientų metu, verslininkas vis tiek šias išlygas naudos santykiuose su kitais klientais toliau, jei jų keliama nauda, kurios jis gali tikėtis, didesnė nei galimas nuostolis.

Dėl tos priežasties daugelyje šalių buvo išplėtota „prevencinės kontrolės“ sistema, kuri apskritai turėjo užkirsti kelią naudoti neleistinas sutarties sąlygas.

Kai kuriose šalyse šiam tikslui pasitarnavo *kolektyvinis ieškinys.*

Taip yra Vokietijoje (Bendrųjų sandorio sudarymo sąlygų įstatymo 13 str. ir kt.), Austrijoje (Vartotojų apsaugos įstatymo 28 str. ir kt.), Olandijoje (Olandijos CK 6:240 str. ir kt.), Prancūzijoje (1988 m. sausio 5 d. bei 1992 m. sausio 18 d. įstatymai; plg. *Calais-Auloy,* ten pat, Nr. 343 ir kt.). Ir 1993 m. balandžio 5 d. direktyva įpareigoja valstybes nares įvesti teisės normas, kuriomis vartotojų asociacijoms suteikiama teisė kreiptis į teismus ar oficialias įstaigas, „kad šios nuspręstų, ar sutarties išlygos, paruoštos remiantis bendruoju naudojimu, yra neleistinos...“ (7 str. 2 d.).

Po to tam tikroms asociacijoms, ypač vartotojų, suteiktas įgaliojimas paveikti teismo sprendimą taip, kad verslininkui apskritai draudžiama naudoti sutarties išlygas, kurias teismas pripažino esant neleistinas. Tokio sprendimo dėl įsipareigojimo susilaikyti nuo neleistinų veiksmų vykdymo pripažinimas garantuojamas tuo, kad atsakovui pažeidimo atveju gali būti priteistas baudos sumokėjimas valstybės naudai arba kaip, pvz., Prancūzijoje, *astreinte* ieškovo naudai. Kiti verslininkai nėra susieti teismo sprendimu, todėl santykiuose su kitais klientais jiems netrukdoma toliau naudoti sutarties išlygas. Tačiau tai neapsimoka, nes vartotojų asociacijos rūpinasi, kad jų ginčytini sprendimai dėl įsipareigojimo susilaikyti nuo neleistinų veiksmų nebūtų paskelbti specialioje spaudoje bei dienraščiuose, ir tokie sprendimai (taip yra Vokietijoje) įtraukiami į viešąjį ir kiekvienam prieinamą registrą.

Vartotojų asociacijų poveikio galia smarkiai susiaurinama tuo, kad jų finansinės galimybės paprastai yra ribotos. Todėl valstybinėms įstaigoms visą laiką buvo siūloma suteikti įgaliojimus tikrinant verslininkų veiksmus. Šiuo keliu pirmiausia pradėjo eiti Švedija. Nuo 1977 metų čia veikia ypatinga įstaiga, kuriai vadovauja *Verbraucher-Ombudsman* (Vartotojų ombudsmenas), kurio tikslas – rūpintis, kad komercinės ir ūkinės veiklos subjektų veiksmai atitiktų *good commercial standards* (tinkamus komercinius standartus). Jei įstaiga nustato, kad komercinės ir ūkinės veiklos subjektai į rinką paleidžia prekes, iš kurių kyla neprotingai dideli pavojai, arba kad jie užsiima klaidinančia reklama, naudojasi nesąžininga konkurencija arba neleistinomis sutarties išlygomis, tai derybomis su komercinės ir ūkinės veiklos subjektais arba verslininkų asociacija, kuriai jie priklauso, ombudsmenai gali siekti tokius veiksmus pakeisti. Tai pagrindinė oficialiųjų įstaigų veiklos sritis. Jei tokios derybos neduoda norimų rezultatų, įstaiga dėl įsipareigojimo susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų gali pareikšti ieškinį specialiai tam tikslui sukurtam „rinkos teismui“.

Palyginkime *Bernitz,* atspausdinta: *Strömholm* (leidėjas), An Introduction to Swedish Law (1988) 278 ir kt. ir ypač išsamiai *Bernitz/Draper,* Consumer Protection in Sweden (1986); visi esminiai įstatymai pateikti su vertimais į anglų kalbą.

Ir *Didžiojoje Britanijoje* 1973 metais *Fair Trading Act* (Sąžiningos prekybos įstatymu) buvo įsteigta speciali įstaiga – *Office of Fair Trading* (Sąžiningos prekybos įstaiga), kurios kompetencijoje yra tikrinti verslininkų veiksmus,

which may adversely affect the interests (whether they are economic interests or intereses which respect to health, safety or other matters) of consumers (žr. 2). Todėl kova su nesąžiningomis

sutarties sąlygomis yra tik viena iš šios įstaigos veiklų. Pavyzdžiui, vyriausybei ji gali teikti siūlymus dėl nutarimų išleidimo, kurie uždraustų bendrąsias sutarties sąlygas ar tam tikrą jų turinį; oficiali įstaiga taip pat gali pradėti teisminį procesą, kuriuo verslininkui būtų uždrausta naudoti bendrąsias sutarties sąlygas, kurios prieštarauja civilinėms ar baudžiamosioms nuostatoms. Palyginkime *Borrie*, The Development of Consumer Law and Policy (1984).

Pirmiausia *Office of Fair Trading* (Sąžiningos prekybos įstaiga) paskutiniaisiais metais labai sėkmingai darė įtaką tam, kad žinomiausios verslininkų asociacijos paruoštų savanoriškus elgesio kodeksus *(Codes of Practice)*, pagal kuriuos būtų nagrinėjami ginčai dėl paslaugų ar prekių pardavimo vartotojams (pvz., sunkvežimiai, baldai, turistinės kelionės). Šie elgesio kodeksai galioja tik konkrečios asociacijos nariams, ir patys jie gali rinktis, ar atitinkamų sąlygų parengimas nėra svarbiau, nei jų narystė šioje asociacijoje. Tačiau šių elgesio kodeksų nauda yra ginčytina.

25. VEIKSNUMAS

Hartwig, Infants' Contracts in English Law: With Commonwealth and European Comparisons, Int.Comp.L.Q.15 (1966) 780; *Laroche*, La condition juridique des malades mentaux, Gaz.Pal. 1968, Doctr.12; *Montanier*, Les actes de la vie courante en matière d'incapacités, J.C.P. 1982 D.3076; *Raison*, Le statut des mineurs et des majeurs protégés (1990).

I.

Sutartimi įsipareigoti gali tas, kuris pagal savo protinį išsivystymą disponuoja proto minimumu, todėl teisės požiūriu gali būti laikomas „veiksniu“. Todėl kiekvienai teisinei sistemai reikia taisyklių, nustatančių sąlygas, kurioms esant jaunimui, silpnapročiams ar psichiniams ligoniams trūksta veiksnumo. Šitų taisyklių pagrindas – gynybinė funkcija: tam, kuris nedisponuoja savo protinėmis galiomis ar tai daro nevisiška apimtimi, turi būti ribojama galimybė savo veiksmais ir pirmiausia – sudarant sutartis prisiimti sau nuostolius. Aišku kaip ant delno, kad ši taisyklė turi išimčių. Jeigu, siekdami apsaugoti nepilnamečio interesus, teigsime, jog bet koks jo sudarytas sandoris negalioja, tuo jam nebūtų daroma paslauga, nes kiekvienas atsisakytų sudaryti sutartį su jaunuoliu net ir tuo atveju, kai sandoris jam yra naudingas.

Gynybinė idėja, kuria remiasi veiksnumo institutas, yra vertinama tiek, kad į antrą vietą nustumiamas komercinių ir ūkinių santykių sąžiningumo principas. Vien pasitikėjimas tuo, kad kažkas yra veiksnus, niekur nėra ginamas, net jei jaunuoliai dėl nepatyrimo galėtų būti laikomi pilnamečiais. Tik vienu atveju visose teisės sistemose yra laikomasi bendro sprendimo, pagal kurį asmuo laikomas veiksniu sulaukęs tam tikro amžiaus, nepriklausomai nuo to, ar atskiru atveju pilnametis iš tiesų galės elgtis protingai. Ši amžiaus riba daugelyje šalių pasiekiama sulaukus 18 metų. Kitaip yra, pvz., Šveicarijoje (20 metų, Šveicarijos CK 14 str.) ir Austrijoje (19 metų, Austrijos CK 21 str.).

Nors daugeliu atvejų veiksnumo pradžia visur siejama su tam tikru amžiumi, mažai yra šalių, kurios leidžia nustatyti griežtą amžiaus ribą, *iki kada* vaikas yra visiškai neveiksnus. Vokietijoje ir Austrijoje neveiksniu laikomas vaikas iki 7 metų (Vokietijos CK 105, 106 str.,

Austrijos CK 865 str.), Graikijoje – iki 10 metų (Graikijos CK 128 str.), tačiau visur yra klausiama, ar vaikui suprantamas jo sugebėjimas atlikti veiksmus ir įvertinti jų padarinius; jei jam trūksta tokio supratimo, jis yra neveiksnus.

Problemų pirmiausia atsiranda tarpinėje stadijoje, kurioje jaunuolis dar nėra pilnametis, tačiau yra supratingas ir protingas, kad numatytų savo veiksmų padarinius. Visos teisės sistemos skiria sutartis, kurias nepilnametis gali sudaryti savarankiškai, ir kitas sutartis, kurios nuo pradžių yra niekinės arba nuginčijamos arba ieškiniu dėl teisinių santykių modifikavimo keičiamos nepilnamečio naudai.

Tokia pat problema iškyla dėl psichinių ligonių ir silpnapročių. Kas dėl psichinės ligos pripažintas neveiksniu, tas yra tik neveiksnus. Abejojama tik dėl silpnapročių ar asmenų, piktnaudžiaujančių alkoholiu, tačiau ir jų atveju sutarčių galiojimas nėra vieningai nei tvirtinamas, nei neigiamas.

II.

Prancūzijos teisė, jeigu vadovautumėmės Prancūzijos CK tekstu, remiasi principu, kad nepilnamečiai gali savarankiškai prisiimti įsipareigojimus; tik jų vardu, kai įstatymas įsakmiai neigia nepilnamečio galimybę savarankiškai dalyvauti civiliniuose teisiniuose santykiuose, veikia įstatyminis atstovas (plg. Prancūzijos CK 1123 str.). Praktikoje taikomas priešingas principas: nepilnamečio sandoriai (nuo 1974 metų tai yra toks asmuo, kuriam dar nėra 18 metų) yra negaliojantys, jei specialiosios normos neteigia priešingai.

Priklausomai nuo to, kad Prancūzijos CK jaunuoliams leidžia atlikti nemažai šeimyninių sandorių be įstatyminio atstovo (santuokos sudarymas, santuokinės sutarties pasirašymas, nesantuokinių vaikų pripažinimas), nepilnametis pagal teismų praktiką gali imtis ir tokių veiksmų, kurių reikia užkertant kelią gresiančiam turto sumažėjimui, o jų padarinys nėra žymus nepilnamečio apsunkinimas *(actes conservatoires)*.

Nepilnametis, kaip reikalavimo turėtojas, jo užtikrinimui gali prašyti hipotekos įrašo ar prašyti teismo išduoti teismo įsakymą. Vadovėliniu *acte conservatoire* pavyzdžiu gali būti laikoma sutartis, pagal kurią statybinės firmos savininkas yra įpareigotas saugoti nepilnamečio pastatą nuo gresiančio sugriuvimo, jeigu jo skola gamyklai, palyginus su pastato verte, yra mažesnė.

Pagal Prancūzijos CK 389-3 ir 450 straipsnius nepilnametis gali savarankiškai sudarinėti sutartis ir tais atvejais, kai *la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes*. Turimi omeny kasdienio gyvenimo sandoriai, kurie nepilnamečiui nesukelia didelės rizikos, gali būti atlikti įprastomis priemonėmis ir kurie atitinka jo šeimos padėtį bei gyvenimo būdą. Tam nepriskiriamas automobilio pirkimas, nors nepilnametis pinigus galėjo sumokėti iš lėšų, kurios jam buvo paliktos savarankiškam disponavimui (plg. Civ. 1972.5.9, Bull.civ.1972. I. 110). Tačiau yra kitaip, jeigu automobilį nepilnametis išsinuomojo santūriomis sutarties sąlygomis (plg. Civ. 1972.5.9, Bull. civ. 1970.1.214).

Kiti nepilnamečio sandoriai iš esmės yra negaliojantys. Šis negaliojimas neatsiranda *eo ipso*, tačiau turi būti pagrįstas ieškinyje *(action en rescision)*. Šis ieškinys negali būti pagrįstas vien tuo, kad sutarties sudarymo metu jis buvęs nepilnametis (Italijos CK 1425 str.). Priešingai, nepilnametis turi įrodyti, kad apskųstu sandoriu jis patiria ekonominį nuostolį *(lésion)*. Šis svar-

bus apribojimas, kuris buvo svarbus jau *Ancien Droit* pagal principą: *Minor non restituitur tamquam minor sed tamquam laesus*, iš Prancūzijos CK 1305 ir kitų straipsnių šiandien išbrauktas. Iš to darytina išvada, kad nepilnametis gali sudaryti sutartis, jei jam jos nėra nuostolingos. Nuostoliu laikoma ne tik tai, kad paslauga neatitinka atsakomosios paslaugos, bet ir tai, kad sandorio realizavimas, atsižvelgus į nepilnamečio turtinius santykius, yra neprotingas, nors veiksmai, kuriuos jis privalo atlikti, patys savaime yra tinkami. Pagal Prancūzijos CK 1306 straipsnį nuostolingumo negalima apskųsti remiantis vien tik tuo, kad nepilnamečiui atlikta paslauga žlugo atsitiktinai. Tačiau jei nepilnametis sudarė jam naudingą sutartį, kita sutarties šalis gali sutarties atsisakyti; plg. Prancūzijos CK 1125 straipsnį.

Žinoma, jei nepilnametis sudarė sutartį, kurią, laikydamasis tam tikros formos (pvz., šeimos tarybos sutikimo ar globos teismo leidimo), būtų galėjęs sudaryti ir jo įstatyminis atstovas, tokios sutarties apskundimui įrodinėti žalos turtui nereikia: tai absoliutaus negaliojimo pagrindas. Iš esmės tai veda prie išvados, kad nepilnametis svarbesnių sandorių, kaip, pavyzdžiui, žemės sklypo pardavimo, negali sudaryti net ir tuo atveju, kai sutartyje jis išsiderėjo sau labai palankias sąlygas.

Jei nepilnametis sudarė jam nenaudingą sutartį, kurią ieškiniu nori ginčyti, priešinga sutarties šalis savo atsikirtimus gali pagrįsti klastingumo motyvais, jei įrodo, kad nepilnametis jį privertė sudaryti sutartį su melagingų machinacijų pagalba. Tiesa, tik apsimetimas pilnamečiu dar neįrodo paties klastingumo prieštaravimo (taip pat ir Italijos CK 1426 str.). Jei taip būtų, jaunuolio sutarties partneris galėtų apsisaugoti nuo ieškinio tuo, kad, klausdamas jo amžiaus, gavo neteisingą atsakymą. Vidinė priežastis, šiais atvejais atsikirtimus leidžianti pagrįsti klastingumu, slypi tame, kad neleistinas jaunuolio elgesys pasireiškia tuo, jog savo veiksmais jis įsipareigoja laikytis sutarties. Ypatinga problema slypi ten, kur abiejų šalių įvykdyta sutartis nepilnamečio prašymu sprendimu yra panaikinama. Ar gali šiuo atveju nepilnametis reikalauti grąžinti tai, ką jis įvykdė pagal prievolę, jeigu kitos šalies įvykdyta prievolės dalis jo jau yra sunaudota?

Dėmesio verta romanų nepilnamečių teisės *emancipacija*, kuri tik išoriškai panaši į romėnų *emancipatio* (plg. Prancūzijos CK 476 ir kt. str.; Italijos CK 390 ir kt. str.).

Prancūzų emancipacija atsiranda arba iš tėviškosios valdžios turėtojo pareiškimo (emancipantui mažiausiai turi būti 18 metų), arba pagal įstatymą ji įsigali sudarius santuoką. Jos pasekmė – tėvų galia išnyksta ir nepilnametis įgyja visišką veiksnumą. Emancipuotasis gali atlikti komercinius sandorius, jei įstatyminis atstovas pagal Prancūzijos KK 2 str. jam suteikė ypatingą įgaliojimą (Prancūzijos CK 487 str.).

1968 m. sausio 3 d. įstatymu iš naujo sureguliuota *pilnamečių* asmenų, *neturinčių visiško veiksnumo*, apsauga. Vietoje anksčiau numatyto pripažinimo neveiksniu *(interdiction)* ir rūpintojo paskyrimo *(conseil judicaire)* kyla trys naujos rūpybos formos: teismo apsauga *(sauvegarde de justice)*, globa *(tutelle)* ir rūpyba *(curatelle)*. Pirmuoju atveju suinteresuotųjų asmenų iš esmės neriboja jų darbinė veikla, tačiau jų atliktus sandorius, kuriuose paslauga neatitinka atsakomosios paslaugos *(lesion)*, teisėjas gali panaikinti arba apriboti jų galiojimą. Jei asmeniui reikia nuolatinio atstovavimo atliekant kasdienius sandorius, prašymu ar pagal tarnybos pareigas paskiriama globa. Globotinis yra iš esmės neveiksnus, tačiau teismo nuta-

rimu jis gali atlikti tam tikrus sandorius vienas arba su globėjo pagalba. Nors asmuo gali pats veikti, tačiau jam reikia apsaugos ar priežiūros; net ir prieš jo valią gali būti paskirta rūpyba. Kasdieniškus gyvenimo sandorius globotinis gali atlikti pats, kitais atvejais jam reikia globėjo pagalbos.

III.

Bendroji teisė, kitaip nei kontinentinės teisės sistemos, neišplėtojo visaapimančios įstatyminio atstovavimo teorijos; atitinkamai ji nežino bendrosios nepilnamečio neveiksnumo sąvokos. Priešingai, savo kazuistiniuose stebėjimuose ji rūpinasi atvejų, kuriuose nepilnamečio apsaugai reikia sutarties negaliojimo, nagrinėjimu.

Tai rodo įdomiausias angloamerikiečių nepilnamečių teisės reiškinys – mokymas apie *necessaries* (pirmo būtinumo prekes). Jau šimtmečius galioja teismų praktika, kad jaunuolis už jam pateiktas *necessaries* (pirmo būtinumo prekes) privalo mokėti protingą kainą, ir savo nepilnametyste jis remtis negali. Kalbama ne apie sutartinę atsakomybę, bet apie „kvazisutartį", kuri atsiranda tuo metu, kai nepilnametis gauna pateiktas pirmo būtinumo prekes. Todėl už jas jis turi mokėti ne sutartinę, o įprastinę kainą, kuri, žinoma, paprastai sutampa su pirkimo kaina.

Anglijos 1979 m. *Sale of Goods Act* (Prekių pirkimo ir pardavimo įstatymas) pirmo būtinumo prekes apibrėžia kaip:

> goods suitable to the condition in life of the minor... and to his actual requirements at the time of the sale and delivery.

Pirmo būtinumo prekės – tai maisto prekės, drabužiai bei medikamentai ir visai nesvarbu, ar nepilnametis juos įgyja sau, ar savo šeimai. Prie jų priskiriamos ir gydymo bei globos paslaugos, nakvynės suteikimas, nuomojamo automobilio perleidimas. Svarbiausia, ar teisėjas atskirais atvejais yra įsitikinęs, kad nepilnamečiui iš tiesų reikia konkrečių daiktų ir kad pagal jo pajamas ir išorinį gyvenimo būdą išlaidos atrodo prasmingos.

Susidaro įspūdis, kad *Anglijos* teismai pirmo būtinumo prekių sąvoką aiškina plačiau nei *Jungtinių Valstijų* teismai. Jei, pvz., ministro sūnus sužieduotuvių proga gauna du deimanto žiedus, šiuo atveju apie pirmo būtinumo prekes kalbama, jei pirkimo kaina yra 80 svarų sterlingų; *Elkington & Co.*v. *Amery* [1936] 2 All E.R.86. Palyginkime taip pat *Nash v. Inman* [1908] 2. K.B.1. *Jungtinėse Valstijose* yra daugybė sprendimų dėl to, ar *automobiliai* yra pirmo būtinumo prekės. Čia viskas priklauso nuo atskiro atvejo: jei nepilnametis įsigijo automobilį, kad galėtų nuvažiuoti iki darbo vietos (tai pateisinama transporto priemonių trūkumu bei atstumu iki darbo vietos), tokiu atveju jis yra įsipareigojęs mokėti prekybinius standartus atitinkančią kainą; palyginkime *Crocket Motor Co.* v. *Thomson* 117 Ark. 495, 6 S.W. 2 d 834 (1930); *Robertson v. King* 225 Ark. 276, 280 S.W. 2 d 402 (1955); *Braham & Co.v. Zittel* 232 App.Div. 406, 250 N.Y.S. 44 (1931). Taip pat darbo, mokymo bei kvalifikacijos kėlimo sutartys *(contracts of service)* pripažįstamos galiojančiomis, jeigu teisėjas patikrindamas nustato, kad jos jaunuoliui naudingos; palyginkime *Roberts* v. *Gray* [1913] 1.K.B. 520; *Doyle* v. *White City Stadium, Ltd.* [1935] 1 K.B.110. Palyginkime ir *Chaplin* v. *Leslie Frewin* (Publishers) Ltd. [1966] Ch. 71, kurioje buvo tikrinta, ar sutartis galioja, pa-

gal kurią 19 metų Charles Chaplino sūnus leido vienai leidyklai už užmokestį publikuoti knygą, kuri, jo teigimu, parašyta *ghost writer* (dvasingo rašytojo), vaizduoja jo jaunystę ir aštriai užsipuola jo tėvų namus. Bendroji taisyklė, pagal kurią visos ekonomiškai naudingos sutartys nepilnamečiui yra privalomos, šiuo atveju netaikoma. Todėl sutartys, kurias, vykdydamas komercinę ir ūkinę veiklą, sudaro nepilnametis, gali būti skundžiamos ir tuo atveju, jei jos jam naudingos; plg. *England Cowern* v. *Nield* [1912] 2 K.B. 419; *Mercantile Union Guarantee Corp.* v. *Ball* [1937] 2 K.B. 498; *Jungtinėse Valstijose* diferenciacija šiais atvejais yra subtilesnė; plg. Willistono cituotą 242 str. Nr. 15 teismų praktiką.

Visos kitos sutartys nepilnamečiams nėra privalomos, nebent jos galioja, tačiau bet kuriuo metu gali būti apskundžiamos *(voidable);* nebent nuo sudarymo momento sutartys yra pripažįstamos negaliojančiomis (plg. *Treitel* 488 ir kt.). Tuo tarpu veiksniai sutarties šaliai sutartis yra visiškai privaloma.

Jeigu nepilnametis remiasi sutarties negaliojimu, savo paties paslaugas jis gali reikalauti grąžinti tik tuo atveju, jei sutartimi neprisiėmė priešinių įsipareigojimų *(total failure of consideration).* Taigi jei nupirktą prekę jis paėmė tik naudojimui, pirkimo kainą grąžinti jam atsisakoma: *A minnor cannot buy a compact disc on one Saturday and take it back the following Saturday asking for his or her money back* (*Cheshire/Fifoot [-Furmston]* 439). Šiuo atveju kyla klausimas, ar kita sutarties šalis gali reikalauti, kad nepilnametis grąžintų gautus pinigus ar jam perduotus daiktus (arba jų vietoje – pakaitalus). Pagal 1987 m. *Minors' Contract Act* (Įstatymą dėl nepilnamečių sudarytų sutarčių; žr.3 (1)) teisėjas gali tenkinti tokį reikalavimą tik *if it is just and equitable to do so.* Tuo jam suteikta plati vertinimo galimybė, kurią realizuodamas jis gali pasirinkti, kurios sutarties šalies interesai – nepilnamečio ar kitos sutarties šalies – konkrečiu atveju turėtų būti ginami.

Jeigu sudarant sutartį nepilnametis kitai šaliai tyčia simuliavo esąs pilnametis ar tyčia sužalojo daiktus, kuriuos jis, remdamasis negaliojančia sutartimi, pasiskolino ar išsinuomojo iš kitos sutarties šalies, kyla klausimas, ar kita sutarties šalis gali iš nepilnamečio reikalauti žalos atlyginimo dėl ***neteisėtų veiksmų***. Yra žinoma, kad pilnametystės simuliavimo neužtenka deliktiniam ieškiniui pagrįsti (plg. *Leslie v. Sheill* [1914] 3 K.B. 607). Sudėtingiau yra turto sužalojimo atvejais, nes tada svarbu, ar nepilnamečio elgesys reiškia sutartinių įsipareigojimų pažeidimą – tada jis neatsako ir dėl neteisėtų veiksmų, ar savo elgesiu jis apsimetė esąs „už sutarties" ir todėl jo atsakomybė gali būti deliktinė. Pastaruoju elgesiu bus laikomas atvejis, kai nepilnametis akivaizdžiai nekreipia dėmesio į duotus nurodymus, pvz., jam tik jodinėjimui patikėtas arklys verčiamas šokinėti per kliūtis. Kitaip situaciją reiktų vertinti, jei jodinėdamas arklį nepilnametis stipriau jį pavarė ir dėl to arklį sužeidė (palyginkime šį sumanų atskyrimą *Cheshire/Fifoot [Furmston]* 440 ir kt.).

Anglijoje egzistuoja skirtumai tarp sutarčių, kurias sudaro asmenys, sergantys psichine liga, ir silpnapročiai. Jei psichinė liga konstatuota teismo sprendimu, tai ligonio sutartys yra niekinės *(lunatic so found);* kitais atvejais ligonis gali savo sudarytas sutartis apskųsti, jeigu jis įrodo, kad sudarant sutartį jis negalėjo suprasti savo veiksmų reikšmės, o kita šalis tai žinojo. Tačiau jei ligoniui buvo pristatytos pirmo būtinumo prekės, tai kiekvienu atveju jis už jas atitinkamai sumoka. *Jungtinių Valstijų* teismų praktikoje vyrauja nuomonė, kad ligonis sutartį apskųsti gali tik tada, jeigu jis sutarties pagrindu gautą paslaugą sugeba grąžinti sveika-

jai sutarties šaliai. Žinoma, išimtis daroma tuo atveju, jeigu sveikoji sutarties šalis žinojo arba turėjo žinoti apie kitos šalies neįgalumą, arba jeigu sutartis buvo sudaryta, kai psichinė liga jau buvo konstatuota teismo sprendimu ir todėl nuo pat pradžių buvo ne tik skundžiama, bet ir niekinė. Būtent tuo klausimu atskirose Amerikos valstijose pastebima žymių skirtumų.

IV.

Vokietijos teisės sistema skiria neveiksnius ir ribotai veiksnius asmenis. Neveiksniojo asmens valios išraiška teisiniu požiūriu yra visiškai niekinė. Ribotai veiksnus – čia ypač priskiriami vaikai iki 7 metų Vokietijoje ir Austrijoje, taip pat „kompetentingi" vaikai Šveicarijoje – gali patys daryti pareiškimus; jų sudarytos sutartys iš esmės yra „sąlygiškai negaliojančios" ta prasme, jog galiojimui reikia įstatyminio atstovo sutikimo. Jei sutikimo negaunama, sutartis laikoma negaliojančia.

Jei šalys, vykdydamos tokią negaliojančią sutartį, viena kitos atžvilgiu atliko tam tikrus sutartinius veiksmus, jos privalo viena kitai grąžinti tai, ką įvykdė (plg. Šveicarijos CK 305 I, 411 str.). Jei nepilnametis iššvaistė už daiktą sumokėtą sumą, jis gali remtis Vokietijos CK 818 str. 3 d. praturtėjimo atšaukimu.

Kol sutarties galiojimas yra reliatyvus, nepilnamečio sutarties partneris pagal Vokietijos teisę gali vienpusiškai atsisakyti nuo sutarties, jei jam nebuvo žinomas jo partnerio jaunas amžius (plg. Vokietijos CK 109 str.). O Šveicarijos teisėje sutartis jam privaloma, nebent įstatyminiam atstovui jis nesėkmingai bandė nustatyti tinkamą valios išraiškos terminą (Šveicarijos CK 305 I, 410 str.).

Tam tikrais išimtiniais atvejais sudarydamas sutartį nepilnametis gali veikti kaip visiškai veiksnus asmuo. Tai Vokietijos teisės atvejis, jeigu sudarydamas sutartį nepilnametis savo atžvilgiu „pasiekia teisinį pranašumą" (Vokietijos CK 107 str., plg. ir Šveicarijos CK 19 str. bei Austrijos CK 865 str.). Tačiau sutartis nelaikoma naudinga vien todėl, kad jos įvykdymas padidina nepilnamečio turtą. Priešingai, sutartimi jam negali atsirasti joks įsipareigojimas, nors įgyta nauda ir yra didelė.

Visos prievolinės sutartys, išskyrus dovanojimus nepilnamečio naudai, pagal Vokietijos CK 107 str. nėra teisiškai naudingos. Nuostata iš esmės svarbi tik daiktinėms sutartims, kuriomis šalys susitaria apie nuosavybės perdavimą. Jeigu, pvz., nepilnametis be tėvų sutikimo nupirko naudotą automobilį, pirkimo ir pardavimo sutartis yra negaliojanti, tačiau (nuo pirkimo ir pardavimo sutarties nepriklausoma) sutartis dėl nuosavybės perdavimo pagal Vokietijos CK 107 str. galioja, nes ji nepilnamečiui buvo naudinga. Automobilio perdavimu nepilnametis įgyja nuosavybės teisę.

Vokietijos civilinio kodekso „kišenpinigių straipsnis" (110 str.) numato, kad nepilnamečio sutartis galioja, jei jis savo sutartinę pareigą atlieka lėšomis, kurias jam šiam tikslui arba laisvam disponavimui perdavė jo įstatyminis atstovas ar pastarojo sutikimu tretysis asmuo. Ši nuostata pirmiausia apima atvejus, kai tėvai savo nepilnamečiui vaikui duoda kišenpinigių arba lėšų disponavimui, kurių jam kaip mokiniui ar studentui reikia pragyvenimui ne tėvų gyvenamojoje vietoje.

Panašią nuostatą randame ir *Austrijos* teisėje. Jei nepilnametis sudarė sutartį, kurią „įprastai sudaro jo amžiaus nepilnametis ir tai susiję su kasdienio gyvenimo nesvarbiais reikalais", sutartis pagal Austrijos CK 151 str. 3 d. galioja, jei įvykdomi nepilnamečio įsipareigojimai.

Neveiksnūs yra asmenys, kuriems „dėl psichinės ligos, silpnaprotystės, piktnaudžiavimo alkoholiu ar kitų panašių būsenų trūksta sugebėjimo protingai veikti" (Šveicarijos CK 16 str., Vokietijos CK 104 str. Nr. 2, 105 str. 2 d., Austrijos CK 865 str.). Jei pilnametis dėl užsitęsusio kūno arba dvasinio neįgalumo nesugeba pasirūpinti savo reikalais, anksčiau jis buvo pripažintas neveiksniu; tuo jis prarasdavo veiksnumą ir sutartį būtinu atveju galėjo sudaryti tik sutikus jo įstatyminiam atstovui (taip dar yra šiandien Šveicarijos CK 17 ir 19 str.). Modernioji Austrijos ir Vokietijos teisė pripažinimą neveiksniu šiuo pagrindu panaikino. Vietoje to skiriamas „turto administratorius", arba „globėjas", kuris konkrečiose veiklos srityse, teismo nustatytose pagal neįgalumo būdą ir laipsnį, tvarko neįgaliojo reikalus. Tik neįgalusis nebegali daugiau veikti šioje veiklos srityje (Austrijos CK 273a str., 1896 m., 1903 m. Vokietijos CK).

V.

Visos trys sistemos, kurias vaizdžiai apžvelgia lyginamoji teisė, išplaukia iš to, kad nepilnametis iš esmės negali prisiimti sutartinių įsipareigojimų. Tačiau jose daug išimčių.

Romaniškosiose teisės sistemose nepilnametis tik tada neatsako už sudarytą sutartį, jeigu jis ją apskundė pareikšdamas ieškinį teisme; be to, *Prancūzijos* teisėje nepilnametis turi įrodyti, kad dėl sutarties realizavimo jis turėjo materialinių nuostolių. Šio įrodymo nereikia tik tada, kai šalia įstatyminio atstovo sutikimo trūko ir (sudarant visus svarbius sandorius) šeimos tarybos arba globos ir rūpybos teismo leidimo. Nepilnamečiui privalomos visos mažiau svarbios sutartys, jeigu jos jam ekonomiškai naudingos.

Ir bendrojoje teisėje nepilnametis iš esmės nėra atsakingas už savo sudarytą sutartį. Tačiau jei jam buvo pateiktos pirmo būtinumo prekės arba sudaryta darbo sutartis, kuri jam naudinga, tokios sutarties apskundimas, pagrįstas amžiumi, negelbės: jis privalės sumokėti įprastinę kainą arba įvykdyti darbo sutartį. Ši bendrosios teisės taisyklė gimininga *Prancūzijos* teisei. Ar sutarties įvykdymas sukelia nepilnamečiui ekonominį nuostolį *(lésion)*, tai priklauso nuo tų pačių samprotavimų, kuriuos pateikia Anglijos teisėjas klausdamas, ar įgytas daiktas priskiriamas sąvokai „pirmo būtinumo prekė" ir ar darbo sutartis nepilnamečiui naudinga. Pagal abi teisines sistemas nepilnametis savo pareiškimu gali prisiimti sutartinius arba kvazisutartinius įsipareigojimus, jei, atsižvelgiant į konkrečias aplinkybes, toks įsipareigojimas protingai atitinka jo interesus.

Vokietijos teisinėje sistemoje pasirinktas kitas išeities taškas, pagal kurį sutarties galiojimas nepriklauso nuo teisėjo nuomonės, ar sudaryta sutartis yra protinga ir nepilnamečiui naudinga. Priešingai, sutartis iš esmės galioja tik tada, jeigu jos sudarymui pritarė tėvai (ar kiti įstatyminiai atstovai), nepriklausomai nuo to, ar pritarimas buvo duotas aiškiais, ar konkliudentiniais veiksmais, ir ar jis buvo išreikštas iki, ar po sutarties sudarymo. Tėvai duoda savo sutikimą priklausomai nuo to, ar jie pilnamečio sutartį pripažįsta naudinga. Tačiau akivaizdu, kad šiuo požiūriu tėvų nuomonė gali skirtis nuo teisėjo, kaip neutralaus trečiojo asmens, nuomonės. Šis Vokietijos teisės sistemos sprendimas nepakankamai įvertina tai, kad jaunuolis tu-

ri savų interesų, kurių siekti gali būti protinga ir tada, jei tėvai tam nepritaria. Tokia taisyklė prieštarauja moderniausioms teisės raidos tendencijoms, pagal kurias nepilnamečių teisinis nepriklausomumas turi būti stiprinamas jo tėvų atžvilgiu. Jeigu jaunų žmonių savarankiškumas yra ribojamas labiau, nei to reikia jo gerovei užtikrinti, ir taip yra pažeidžiami sąžiningo trečiojo asmens, kuris nepilnamečio atveju įvykdė jam naudingus veiksmus, interesai, sutartys turėtų būti pripažįstamos galiojančiomis.

Vokietijos teisė yra visiškai vieniša su Vokietijos CK esama 109 straipsnio nuostata, pagal kurią nepilnamečio sutarties partneris gali atsisakyti sutarties, kol įstatyminis atstovas jai nepritarė. Tiek romanų šalių teisės, tiek ir bendroji teisė nepilnamečio sutarties partnerį iš esmės pripažįsta esant atsakingą. Pagal Šveicarijos teisę įsipareigojimas neįvyksta tik tada, jeigu įstatyminis atstovas neatsiliepė į jam skirtą pareiškimo paskelbimo terminą. Iš esmės sunku suvokti, kodėl kas nors neprivalo vykdyti sutartinių įsipareigojimų tik todėl, kad jis vėliau nustatė, jog valios pareiškimo adresatas yra nepilnametis. Jei jis suinteresuotas tuo, kad tuojau paaiškėtų sutarties likimas, jis gali nustatyti tinkamai trumpą terminą, kuriam nesėkmingai pasibaigus sutartis abiem šalims bus negaliojanti.

26. OFERTA IR AKCEPTAS

Aubert, Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat (1970); *Braucher*, Offer and Acceptance in the Second Restatement, Yale L.Y.74 (1964) 302; *Dilger*, das Zustandekommen von Kaufverträgen im Aussenhandel nach internationalem Einheitsrecht und nationalem Sonderrecht, RabelsZ 45 (1981) 169; *Farnsworth*, Formation of International Sales Contracts: Three Attempts at Unification, U.Pa.L.Rev. 110 (1961/62) 305; *Kahn*, Some Mysteries of Offer and Acceptance, S.Afr.L.J. 72 (1955) 246; *Keyes*, Consideration Reconsidered: The Problem of the Withdrawn Bid, Stan.L.Rev. 10 (1958) 441; *Litvinoff*, Offer and Acceptance in Louisiana Law: A Comparative Analysis, La.L.Rev. 28 (1969) 1, 153; *Macneil*, Time of Acceptance: Too Many Problems for a Singl Rule, U.Pa.L.Rev. 112 (1964) 947, *von Mehren*, The Formation of Contracts, Int.Enc.Comp.L. Vol. VII Ch. 9 (1992); *Neumayer*, Der Vertragsschluss nach dem Recht des internationalen Warenkaufs (Wiener Übereinkommen von 1980), jubiliejinis leidinys, skirtas W. Lorenzui (1991) 747; *Nussbaum*, Comparative Aspects of the Anglo-Amerikan Offer-and-Acceptance Doctrine, Col.L.Rev.36 (1936) 920; *Owsia*, Silence: Efficacy in Contract Formation, A Comparative Review of French and English Law, Int.Comp.L.Q. 40 (1991) 784; *Rodière* (leidėjas), La formation du contrat (1976); *Schlesinger et.al.*, Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems, 2 tomai (1968); *J.Schmidt*, Négociation et conclusion de contrats (1982); *Winfield*, Some Aspects of Offer and Acceptance, L.Q.Rev.55 (1939) 499.

I.

Visur mokoma, kad konsensusas išplaukia iš dviejų pareiškimų, būtent: viena šalis kitai šaliai pasiūlo, ir ta šalis siūlymą akceptuoja. Tačiau yra daug kitų atvejų, kai šalių konsensusas išreiškiamas kitu būdu. Jei žemės sklypo pirkimo ir pardavimo sutartį paruošia notaras, o paskui šalys kartu pasirašo, sunku pasakyti, kuri šalis pateikė siūlymą, o kuri jį akceptavo. Sąvokos „siūlymas" ir „akceptas" netinka tuo atveju, kai šalys ilgą laiką derėjosi dėl sutar-

ties, viena kitai teikė gausybę siūlymų bei priešpriešinių siūlymų ir pagaliau susitarė dėl sutarties sudarymo. Kitaip yra tuo atveju, jeigu sutartis sudaroma tiesiogiai nedalyvaujant šalims – pasikeičiama laiškais ar kitais atitinkamai įformintais pareiškimais: šiuo atveju kalbama apie pareiškimų padavimo eiliškumą laiko atžvilgiu. Tokiose „per atstumą sudaromose sutartyse" kyla klausimas: ar oferentui yra privalomas jo pateiktas siūlymas ir kokiomis sąlygomis bei iki kokio momento šis siūlymas gali būti atšauktas.

Šiuo atveju pasaulyje sutinkami trys skirtingi sprendimo būdai: silpniausiai oferentas yra susietas anglosaksų teisės sistemoje, stipriausiai – vokiškojoje, o romaniškoji teisės sistema užima tarpinę poziciją.

Visų teisinių problemų nagrinėjimą, susijusį su „siūlymu ir akceptu", galime rasti dvitomyje *Formation of Contracts*, kurį parašė 9 lyginamosios teisės žinovai iš viso pasaulio, vadovaujami Schlesingerio. Visa „Siūlymo ir akcepto" tema padalyta į 20 probleminių klausimų. Dalyvavę autoriai kiekvienam klausimui pateikė savo šalių pranešimus, kuriuos jie paruošė kaip generalinius, leidžiančius išryškinti sutampančius ir skirtingus tų pačių klausimų sprendimus. Palyginkime išsamiai Schlesingerio lyginamosios teisės tyrimo metodą, The Common Core of Legal Systems – An Emerging Subject of Comparative Study, atspausdinta: Twentieth Century Comparative and Conflicts Law – Legal Essays in honor of Hessel E.Yntema (1961) 65.

II.

Pagal angloamerikiečių teisę oferta suteikia adresatui galimybę sudaryti sutartį akceptuojant ją; oferta gali būti akceptuota per oferento nustatytą arba iš aplinkybių išplaukiantį terminą. Tačiau oferentas gali savo siūlymą bet kuriuo metu atšaukti, kol jis dar neakceptuotas. Net jei siūlytojas pareiškia, kad jis tam tikrą laiką nori būti susietas su oferta, jam nėra jokių teisinių kliūčių savavališkai ją atšaukti dar nesibaigus terminui.

Priežastis, dėl kurios bendrojoje teisėje egzistuoja tokia situacija, slypi *consideration* (priešpriešinio patenkinimo) teorijoje, t.y. angloamerikiečių sutarčių sudarymo teisės principe, pagal kurį prievolinis įsipareigojimas pradeda galioti, jeigu įgaliotasis atliko arba pažadėjo priešpriešinį patenkinimą, arba jeigu akceptas išreiškiamas specialiu dokumentu *(deed)*. Kadangi siūlymas beveik visuomet pateikiamas be adresato priešpriešinio patenkinimo ir dažniausiai neatitinka specialaus dokumento *(deed)* formos, pagal angloamerikiečių teisę oferentas paprastai su savo siūlymu prievole nėra susietas.

Jei akceptantas atlygintinoje sutartyje su oferentu nesusitarė dėl ofertos neatšaukiamumo *(option contract)*, pagrindinė bendrosios teisės taisyklė griežtinama tuo atveju, jeigu oferentas atšaukia savo siūlymą, nors akceptantas, pasitikėdamas ofertos tolesniu galiojimu, jau prisiėmė įsipareigojimus arba turėjo išlaidų. Amerikos teismų praktika rodo, kad teismai šiais atvejais krypsta į ofertos neatšaukiamumą, nepaisydami *consideration* (priešpriešinio patenkinimo) teorijos. Jei įmonininkas dalyvavo paskelbiant ofertą ir įvardijo kainą, kurią jis įtraukė remdamasis savo subtiekėjo oferta, ir įmonininkas gauna naudos, subtiekėjas negali tuoj pat po to atšaukti savo ofertos ir taip sužlugdyti įmonininko paskaičiavimų. Šiuo atveju teismai vadovaujasi ofertos neatšaukiamumu: subtiekėjas, vadovaudamasis oferta, žinojo ar net norėjo, kad įmonininkas dalyvautų paskelbiant ofertą. Palyginkime *Northwestern Engineering Co* v. *Ellermann*, 69 S.D.397, 10 N.W. 2d 879 (1943),

Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d. 409, 333 P. 2d. 757 (1958) ir Col.L.Rev. 59 (1959) 335, taip pat *James Baird Co.* v. *Gimbel Bros.*, Inc., 64 F. 2d. 344 (2d Cir., 1933) ir Va.L.Rev. 20 (1933/34) 214. Tuo tarpu 1981 m. *Restatement Contracts 2d*, vadovaudamasis teismų praktika, padarė išvadas ir 87 str. 2 d. įtvirtino principą, kad oferta, kurios autorius privalėjo žinoti, jog, pasitikėdamas ja, gavėjas įsakys pakeisti planus, laikoma neatšaukiama, jeigu gavėjas tokių nežymių pakeitimų iš tiesų padarė; tiesa, šiuo atveju oferta pripažįstama galiojančia tik *to the extent necessary to avoid injustice*. Ypač akivaizdus ofertos privalomojo poveikio poreikis komercinėje ir ūkinėje veikloje. Dėl komercinio pirkimo Vieningo komercinio kodekso 2-205 str. nurodo, kad galiojanti rašytinė oferta negali būti atšaukiama tam tikrą laiką, o jei toks terminas nėra nustatytas – per protingą terminą, kuris negali būti ilgesnis nei trys mėnesiai. *Anglijoje* dar neatsisakyta 1937 m. *Law Revision Commission* (Teisės revizijos komisijos) siūlymo (Cmd. 5449), pagal kurį *de lege ferenda „an agreement to keep an offer open for a definite period of time or until the occurrence of some specified event shall not be unenforceable by reason of the absence of consideration"*. Palyginkime išsamiai *Schlesinger/Macneil*, ten pat, p. 747, 1393 ir kt.

Ten, kur nėra įstatymo, galioja principas, kad oferta gali būti laisvai atšaukta, kol jos nepriėmė adresatas. Tačiau bendroji teisė pataiso šios išvados pasekmes, išplėtodama specialiąją normą, kuria atsakoma į klausimus, kada akcepto pareiškimas reiškia sutarties sudarymą. Ši specialioji norma remiasi žymiąja *Adams* v. *Lindsell* (1818), B. & Ald.681, 106 Eng.Rep. 250 leading-case (precedentą sukūrusia byla), kurioje pirmą kartą buvo išplėtota *mailbox* (pašto dėžutės) teorija. Pagal ją sutartis sudaroma ne tada, kai oferentas gauna akceptą, bet jau tada, kai akceptą pakeliui atneša ofertos gavėjas, t.y. įmeta į pašto dėžutę ar šiaip perduoda pašto įstaigai. *Mailbox* (pašto dėžutės) teorijai pagrįsti iš pradžių buvo manoma, kad oferentas įgalioja paštą, kaip savo atstovą *(agent)*, akceptuoti siūlymą ir taip sudaryti sutartį, tarytum akceptą asmeniškai pareiškė pats akceptantas. Ši konstrukcija mažai įtikina, nes yra nereali. Iš esmės ši taisyklė remiasi ekonominiu poreikiu – oferentui kuo greičiau atimti atšaukimo galimybę arba, kitaip tarus, ofertos adresatui jos atšaukimo riziką pašalinti jau akcepto pristatymo metu, o ne ją gavus.

Užsienio stebėtojui abejotina, ar *mailbox* (pašto dėžutės) teorija dera su sutarties konsensualine prigimtimi. Jei įprastai bendrojoje teisėje akceptas privalo pasiekti adresatą, kad taptų galiojančiu (tai galioja ofertai, ofertos atšaukimui, nutraukimui ir t.t.), tai *sutartis* gali įsigalioti, nors oferentas apie tai ir nežino. Jei akceptas pašte dingsta, sutartis vis tiek galioja. Tiesa, akceptantas vėliau procese privalo įrodyti, kad jis akceptą tikrai perdavė paštui.

Mailbox (pašto dėžutės) teorija nedera su tuo, kad teisės požiūriu laišką visur leistina atšaukti dar kelionės metu. Tai paskatino Amerikos *Court of Claims* (Pretenzijų teismą) atsisakyti pašto dėžutės teorijos. Palyginkime *Dick* v. *United States*, 82 F.Supp. 326 (Ct.Cl. 1949), *Rhode Island Tool Co.* v. *United States*, 128 F.Supp. 417 (Ct.Cl.1955). Literatūroje į tai reaguota neigiamai. Palyginkime Cornell L.Q.34 (1949) 632; Harv.L.Rev.62 (1949) 1231; Yale L.J.59 (1950) 374; Mich.L.Rev. 54 (1956) 557. Taip pat ir 1981 m. *Restatement Contracts 2d* laikosi tradicinės nuostatos, pagal kurią akceptas, pateiktas oferento nustatyta forma, sukelia sutarties galiojimą nuo jo pareiškimo momento (*an acceptance made in a manner and by a medium invited by an offer is operative ... as soon as put out of the offeree's possession, without regard to whether it ever reaches the offeror*; plg. 63 str.).

Vis dėlto reiktų apsvarstyti tai, kad klausimas, ar akceptas galioja jį išsiuntus arba gavus, vis labiau netenka savo praktinės reikšmės. Esant modernioms informacijos priemonių perdavimo sistemoms, pavyzdžiui, faksui, pranešimo išsiuntimas ir gavimas įvyksta tuo pačiu metu, nors siuntėjas ir gavėjas yra toli vienas nuo kito.

III.

Romanų teisės sistemose ofertos įpareigojanti galia yra stipresnė. Po kai kurių svyravimų Prancūzijos teisinė situacija yra tokia: iš esmės kiekvieną ofertą galima atšaukti, kol ji nėra akceptuota. Tačiau šį principą smarkiai apribojo teismų praktika. Jei oferentas nustatė konkretų terminą akceptui pareikšti, prieš baigiantis terminui, jis dar gali būti atšaukiamas. Toks atšaukimas pašalina oferento pareigą atlyginti žalą (Civ. 1968.5.10, Bull.civ. 1968. III. 162). Ta pati taisyklė galioja ir neterminuotai ofertai, nes teismų praktika nereikalauja, kad termino nustatymas būtų akivaizdus. Užtenka, jei iš atskiro atvejo aplinkybių ar iš prekybos papročių išplauktų, kad ofertą buvo galima akceptuoti *delai raisonnable*. Remdamiesi konkrečiomis atvejo aplinkybėmis teismai nusprendžia, ar pripažinti, kad dėl tokio akcepto termino buvo susitarta tylėjimu, ir kokia jo trukmė (Civ.1972.5.10, Bull.civ. 1972. III. 214). Jei oferta bus atšaukta prieš baigiantis terminui, adresatas akceptu nebegali sudaryti sutarties *stricto sensu*, tačiau jis gali reikalauti atlyginti nuostolius, kurie atsirado dėl pirmalaikio ofertos atšaukimo.

Jei žemės sklypo savininkas interesantui pateikė pardavimo ofertą ir sutiko, kad interesantas konkrečią dieną apžiūrės žemės sklypą, šiuo atveju galime kalbėti apie susitarimą tylėjimu, pagal kurį siūlymas galios iki apžiūrėjimo dienos. Pirmalaikis ofertos atšaukimas įpareigoja atlyginti dėl šio atšaukimo atsiradusius nuostolius. (Plg. Civ.1958.12.17, D. 1959, 33; 1968.5.10, Bull.civ. 1968. III. 162.)

Oferento atsakomybės teisinės prielaidos yra ginčytinos. Kai kurie autoriai yra tos nuomonės, kad pagal Prancūzijos CK 1382 straipsnį oferentas atsako dėl neleistinų veiksmų: iš esmės ofertą galima atšaukti, tačiau toks atšaukimas, priklausomai nuo konkrečių aplinkybių, gali būti pripažįstamas piktnaudžiaujamu, ir todėl oferentas atsako dėl *faute*. Pagal kitą teoriją oferentas šalia pagrindinio sandorio sudarymo adresatui siūlo sudaryti preliminarią sutartį, pagal kurią oferentas įsipareigoja tam tikrą laiko trukmę išsaugoti pagrindinę ofertą. Preliminari sutartis, kaip naudingas sandoris siūlymo adresatui, be kita ko, sudaroma tylėjimu; jei sandorio sudarymo pabaigoje oferentas atšaukia ofertą, jis privalo atlyginti žalą dėl preliminarios sutarties pažeidimo (plg. *Ghestin* Nr.201 ir kt.; *Schmidt*, Negociation et conclusion de contracts [1982] Nr. 223 ir kt.).

Šia teorija rėmėsi Colmaro Apeliacinis teismas vienu atveju, kuriuo subtiekėjas (dėl įsivėlusios apskaičiavimų klaidos) atšaukė savo ofertą po to, kai siūlymo gavėjas, remdamasis oferta, dalyvavo konkurse ir gavo priemoką. Teismas vadovavosi tuo, kad oferta yra galiojanti *dès lors qui'il résulte d'un accord exprès ou tacite, mais indiscutable, qu'elle a été formulée pour être maintenue pendant un délai déterminé*. Tačiau toks susitarimas *in casu* nėra įrodytas: oferentas, paskelbdamas ofertą, nežinojo, kad siūlymo priėmėjas, remdamasis oferta, nori dalyvauti konkurse (Colmar 1936.2.4, D.H. 1936, 187).

Ir šios konstrukcijos dirbtinumas yra akivaizdus: prielaida, kad šalys ypatinga *preliminaria sutartimi* susitars dėl ofertos neatšaukiamumo, remiasi fikcija.

Šios teorinės abejonės veda prie to, kad teismų praktikoje nesusitarta, kokia apimtimi ofertos atšaukimas sukelia pareigą oferentui atlyginti atsiradusią žalą; tai priklauso ir nuo to, kad Prancūzijos teisėjai žalos įvertinimo srityje vadovaujasi (Kasacinio teismo iki šios dienos nesuvienodinta) nuomonių įvairove. Prancūzijos CK 1382 straipsniu besiremiantys sprendimai nusivylusiam partneriui paprastai priteisia tik išlaidų, kurias jis patyrė pasitikėdamas oferta, atlyginimą (plg., pvz., Bordeaux 1870.1.17, S. 1870. 2. 219); tačiau žalos atlyginimo atžvilgiu oferentas turėtų būti pasmerktas taip elgtis su atsakovu, tarytum sutartis būtų sudaryta (plg. *Planiol/Ripert* VI Nr. 132 ir išsamiai apie tai *Schlesinger/Bonnassies*, ten pat, p. 769).

Prancūzijos civilinio kodekso reformos komisija pasiūlė nuostatą, pagal kurią, pasibaigus terminui, terminuotos ofertos atšaukimas turėtų būti negalimas, nebent atšaukimas pasiektų kitą šalį anksčiau, nei pati oferta; tas pat galioja, jei ofertos termino nustatymas išplaukia iš aplinkybių (Avant-projet 11 str. „Apie prievolinių santykių šaltinius ir atsiradimą“). Niekada įstatymu netapęs Prancūzijos ir Italijos prievolinės teisės projektas 2 straipsnyje taip pat turi tokią pat nuostatą.

Italijos civilinis kodeksas 1328 ir kituose straipsniuose šiuo moderniu keliu eina dar toliau. Terminuotos ofertos negalima atšaukti, kol nepasibaigęs nustatytas terminas. Jei oferta neterminuota, ji gali būti atšaukta iki priėmimo; tačiau jei adresatas gera valia jau disponavo oferta, jis gali reikalauti atlyginti žalą, kuri jam atsirado dėl to, kad jis jau buvo pasiruošęs sutartį įvykdyti.

Tiek bendrosios teisės, tiek ir romanų teisės sistemose susiduriama su bendra problema, kai reikia atsakyti į klausimą, nuo *kada* įsigalioja akceptas, ir kartu sudaroma sutartis.

Apie skirtingas mokymų nuomones plg., pvz., *Planiol/Ripert* VI Nrn. 158 ir kt. Šis klausimas svarbus praktiškai ne todėl, kad nuo jo priklauso, kada oferta tampa neatšaukiama. Sutarties sudarymo laikas nulemia, kada pirkėjas tampa *species* (individualiais požymiais apibrėžtų daiktų) savininku ir taip perima atsitiktinio daikto žuvimo riziką, palyginkime Prancūzijos CK 1138, 1583 str. Sutarties sudarymo vieta yra svarbi klausimui: kuris teismas yra kompetentingas nagrinėti ginčą, kylantį iš sutarties, teritorinio teismingumo požiūriu, palyginkime *Code de procédure civile* (Prancūzijos CPK) 420 str.

Prancūzijoje kasacinis teismas nusprendė, kad klausimas, kada akceptas galioja, priklauso nuo atskiro atvejo aplinkybių, ypač nuo šalies valios išaiškinimo, todėl teisinis patikrinimas draudžiamas. Teisininkui, kurio šalies teisė šį klausimą reguliuoja įstatymu, ši kasacinio teismo tezė nesuprantama. Jei ji nurodo šalių valios išaiškinimą, jau vien todėl ji neįtikina, nes apskritai turi būti nustatyta, ar numatyta bendra šalių valia. Visgi reikia Prancūzijos instancinių teismų sprendimų kontrolės, kad kasacinio teismo suteiktais įgaliojimais būtų pasiekta teisingų rezultatų (plg. išsamiai *Ghestin* Nr. 243 ir kt.).

Pagal Italijos CK 1326, 1335 straipsnius sutartis laikoma sudaryta, kai oferentas sužino apie akceptą; ši žinia preziumuojama, kai tik akceptas pasiekia įprastą oferento adresą, jei oferentas neįrodo, kad jis apie akceptą negalėjo sužinoti dėl nuo jo nepriklausomų priežasčių.

IV.

Pagal Vokietijos civilinį kodeksą oferentas yra „susietas" su savo siūlymu jo nustatytu terminu, o jei toks terminas nėra nustatytas – protingu terminu (145 str.). Vadinasi, oferentas negali atšaukti siūlymo iš anksto ir atšaukimas, jei jis įvyksta, sukelia ne tik pareigą atlyginti žalą, bet ir teisiškai yra negaliojantis. Tokia nuostata iš esmės galioja Šveicarijoje (Šveicarijos PK 3, 5 str.), Austrijoje (Austrijos CK 862 str.), Graikijoje (Graikijos CK 185 ir kt. str.) ir Portugalijoje (KK 230 str.).

Oferentas gali išvengti savo siūlymo privalomumo tuo, kad jis akivaizdžiai pašalina jį pasakymais „laisvai išliekantis" arba „be prievolės". Toks pareiškimas paprastai nėra oferta teisine prasme, o tik *invitatio offerendi*. Į tai pateiktas atsakomasis adresato pareiškimas yra tik oferta, kuriai reikia akcepto. Žinoma, Vokietijos teismų praktika akceptą pripažįsta ir tada, kai oferta buvo išreikšta tylėjimu; pagal sąžiningumo ir teisingumo principą, esant tokioms aplinkybėms, siūlytojas įpareigotas nepriimti ofertos; jei jis to nepadarė, jo tylėjimas laikomas sutikimu.

Vokietijos civilinis kodeksas neišskyrė klausimo, kada akceptas yra galiojantis; priešingai, jis gana teisingai pastebėjo, kad čia kalbama apie bendro pobūdžio problemą, kuri visose gaunamose valios išraiškose turi būti išspręsta vienodai. Iš esmės kalbama apie tai, kaip protingai paskirstyti riziką, kylančią dėl pareiškimo (akcepto ar ofertos) pateikimo tarp pareiškėjo ir adresato. Vokietijos civilinis kodeksas 130 straipsnyje ieškojo vidurio tarp senųjų bendrosios teisės teorijų, kurių tolesnį gyvavimą galima stebėti Prancūzijos teismų praktikoje. Kiekviena valios išraiška, kaip ir akceptas, kurį kažkas duoda remdamasis sutartine oferta, yra galiojanti, kai tik ji „gaunama", t.y. kai tik patenka į adresato įtakos sferą. Taip pasiekiamas protingas minėtos rizikos padalijimas. Tas, kuris pareiškia savo valią ir nustato jos pareiškimo priemones bei būdus, perima dėl to kylančią riziką; adresatas, priešingai, atsako už savo įtakos sferą. Pateiksime seną mokyklinį pavyzdį: jei adresatas, paukščių mylėtojas, atsisako ištuštinti sodo pašto dėžutę, nes ten lizdą suka zylės, laikoma, kad valios išraiška vis dėlto gauta.

V.

Taigi lyginamoji teisės apžvalga rodo tris nevienodas sistemas, kai kalbant apie ofertos paskelbimą kiekviena veikia skirtingai. Bendrojoje teisėje oferta iš esmės yra neprivaloma ir neįpareigojanti; romaniškosiose teisinėse sistemose akivaizdžiai terminuota oferta visuomet, o neterminuota – paprastai įpareigoja atlyginti nuostolius, jei ji atšaukiama prieš baigiantis terminui. Vokietijos teisėje kiekvienas siūlymas yra neatšaukiamas; paskelbtas pareiškimas negalioja, nebent oferentas pareiškia, kad siūlymas yra neprivalomas.

Kritiniai samprotavimai išryškina Vokietijos sistemos pranašumą. Iš esmės skirtumai tarp Vokietijos sistemos ir bendrosios teisės praktikoje yra mažesni, nei atrodo iš pirmo žvilgsnio. Ir Vokietijos teisėje ofertą galima atšaukti, kol adresatas jos dar negavo; kita vertus, pagal bendrąją teisę ji jau tada neatšaukiama, kai adresatas savo akceptą perdavė atitinkamai įstaigai. Vadinasi, bendrojoje teisėje adresatas ofertos atšaukimo riziką neša ilgiau, nei yra laikotarpis nuo siūlymo gavimo iki akcepto išsiuntimo; esant neterminuotoms ofertoms ši laiko truk-

mė praktikoje yra labai trumpa. Vis dėlto Vokietijos sistema yra pranašesnė. Patirtis rodo, kad pasiekiama naudingų ir teisingų rezultatų, nes adresatas, žinodamas, jog akceptas reiškia sutarties sudarymą, gali saugiau disponuoti. Be to, prasminga oferentui primesti riziką dėl galimų kurso ar kainų svyravimų: iš jo išplaukia sutarties sudarymo iniciatyva, jis reikalauja adresato pasitikėjimo, todėl apriboti savo ofertos privalomumą laiko atžvilgiu ar daryti ją negalima turi būti jo reikalas; jei oferentas to nedaro, bus sąžininga, jei jis laikysis savo ofertos.

Pamąsčius apie šios problemos suvienodinimą, žinoma, sunku pakeisti Anglijos ir Amerikos teisinių sistemų galvoseną. *Consideration* (Priešpriešinio patenkinimo) teorija, giliai įsišaknijęs sutarčių teisės principas, oferento atžvilgiu yra nusiteikusi priešiškai, nors kontinentinės teisės teisininkui gali atrodyti ne taip prasminga, kad oferentas negali pats savęs susieti prievole, jei jis to nori, nebent kalbama apie visaapimančią ir išimčių nežinančią opcijos sutartį. Vis dėlto Jungtinėse Valstijose praktika akivaizdžiai veda prie to, kad atskirose valstijose didinamas ofertos privalomumas; atrodo, kad ir bendrosios teisės šalyse papročiais ribojamas siūlymų savavališkas atšaukiamumas: nors teisiškai ofertos atšaukimas ir leistas, jis yra pripažįstamas negarbingu ir todėl vengiamas verslininkų.

Jei lyginamosios teisės kritikos požiūriu Vokietijos teisinės sistemos privalomumo mokymas yra pranašesnis, tas pat galioja ir Vokietijos civilinio kodekso taisyklei, pagal kurią pareiškimas įsigalioja, kai jį gauna adresatas. Pagal pašto dėžutės teoriją sutartis turėtų būti pripažinta sudaryta ir tada, kai akcepto raštas pradingsta pašte arba atšaukiamas telegrama, kurią oferentas gavo anksčiau nei laišką – akivaizdžiai absurdiška išvada. Pirmiausia pašto dėžutės teorija nedera su pasauline pašto teise, nes pašto teisės požiūriu laišką iki jo įteikimo į rankas adresatui dar galima atšaukti. Anksčiau dėl pareiškimo galiojimo laiko buvo orientuojamasi į *informacijos gavimą*, taigi į vidinį procesą, ko teisės sistema dėl įrodymų sunkumo turėjo pagal galimybes vengti. Pagal Vokietijos teisę tai priklauso nuo *gavimo*, t.y. nuo laiko trukmės, per kurią pareiškimas patenka į adresato įtakos sferą. Šis sprendimas, galiojantis ne tik ofertos priėmimui, bet ir visoms kitoms valios išraiškoms, rūpinasi tuo, kad pareiškimo kelionės rizika būtų protingai padalyta tarp siuntėjo ir adresato ir, be to, dar orientuoja į kontroliuojamą ir įrodomą procesą.

Trys aprašytos sistemos remiasi skirtingais principais, tačiau praktikoje pasiekiama panašių rezultatų. Todėl Vienos konvencijoje dėl tarptautinio prekių pirkimo ir pardavimo sutarčių (toliau – Tarptautinės prekybos teisės konvencija) šiuo klausimu pasiektas protingas kompromisas. Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 16 str. 1 d. remiamasi principu, kad siūlymai yra atšaukiami. Bet 16 str. 2 d. padaryta esminių išimčių, pagal kurias skirtumas nuo Vokietijos praktikos (Vokietijos CK 145 str.) yra labai mažas. Siūlymas yra privalomas, „jeigu nustatomas galutinis priėmimo terminas arba kitaip pareiškiama, kad siūlymas yra neatšaukiamas"; tas pat galioja, „jeigu gavėjas galėjo protingai pasitikėti tuo, kad siūlymas yra neatšaukiamas, ir jis veikė pasitikėdamas siūlymu" (plg. išsamiai *v. Caemmerer/Schlechtriem*, Kommentar zum Einheitlichen UN – Kaufrecht [1995] 16 str).

Pagal Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 16 str. 1 d. oferta gali būti atšaukiama, jei šis atšaukimas ofertos adresatą pasiekė anksčiau, nei šis išsiuntė savo akceptą. Šiuo atveju konvencija panaudojo pašto dėžutės teorijos mintį, pagal kurią būtent (atšaukiamos) ofertos gavėjui suteikiama galimybė dviprasmišką situaciją užbaigti greitu pareiškimu apie ofertos priėmimo persiuntimą. Žinoma, ir šiuo atveju sutartis neįsigalioja nuo pareiškimo apie ofertos priėmimą išsiuntimo momento, kaip tai numato *mailbox* (pašto dėžutės) teorija. Priešingai, išsiuntus ak-

ceptą baigiasi tik ofertos atšaukiamumas, tačiau tai nereiškia sutarties sudarymo. Tai išplaukia iš to, kad Vokietijos teisinės sistemos požiūriu paaiškinimų dėl sutarties galiojimo problema iš esmės lieka išspręsta. Pagal Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 18 str. 2 d. akceptas įsigalioja, kai tik jį „gauna" oferentas; tas pat galioja kitiems pareiškimams, pvz., pačiai ofertai (15 str. 1 d.), jos atsiėmimui (15 str. 2 d.), atšaukimui (16 str. 1 d.) bei atmetimui (17 str.). Visais šiais atvejais pareiškimas laikomas „pasiekusiu", jeigu jis gavėjui pristatomas „asmeniškai į jo filialą ar pašto adresu, arba, jei jų nėra, į įprastinę buvimo vietą".

Peržvelgus visa lieka tik apgailestauti, kad Tarptautinės prekybos teisės konvencija nerado bendros kalbos su aiškiais Vokietijos sprendimais. Praktikoje skirtumų būtų galima rasti tik su lupa. Žinoma, tai buvo pasiekta sudėtingais įstatymų technikos sprendimais, priverčiant nešiuolaikišką atšaukiamumo principą padaryti išeities tašku ir po to jį sugriauti daugybe specialių nuostatų. Nereikėtų bijoti būti šokiruotam tam tikro teisinės elegancijos trūkumo, jeigu praktikoje taip suvienodinami teisės reikalavimai tarptautinio pirkimo ir pardavimo sutarčių sudarymo srityje.

27. FORMOS REIKALAVIMAI

Brooke, Treatise on the Office and Practice of a Notary in England, 9 leidimas, pataisytas *Charlesworth* (1985); *Brown*, The Office of the Notary in France, Int.Comp.L.Q.2 (1953) 60; *Ebel*, Recht und Form, Vom Stilwandel im deutschen Recht (1975); *Fischer*, Die Rechtsstellung des deutschen Notars im Recht der EWG, DNotZ 1989, 467; *Fuller*, Consideration and Form, Colum.L.Rev.41 (1941) 799; *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte (1971); *to paties autoriaus*, Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980, 1; *K. Heldrich*, Die Form des Vertrages, AcP (1941) 89; v.*Hoffmann*, Das Recht des Grundstückskaufs, Eine rechtsvergleichende Untersuchung (1982) 5 str.; *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2 d. 2 skyrius (1883) 43 str. ir kt.; *Köbl*, Die Bedeutung der Form im heutigen Recht, DNotZ 1983, 207; *Llewellyn*, What Price Contract? – An Essay in Perspective, Yale L.J. 40 (1931/32) 704, 746 ir kt.; *Lorenz*, das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 (1957) 381; *to paties autoriaus*, Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge, JuS 1966, 429; *Mann*, Die Urkunde ausländischer, insbesondere englischer Notare und der deutsche Rechtsverkehr, NJW 1955, 1177; *von Mehren*, The French Civil Code and Contract: A Comparative Analysis of Formation and Form, La.L.Rev.15 (1955) 687, 693 ir kt.; *Meurisse*, Le déclin de la preuve par écrit, Gaz.Pal. 1951.2. Doctrine 50; *Perrot*, Juris-Classeur civil, Artt. 1315-1369 Code civil; *Rabel*, The Statute of Frauds and Comparative Legal History, L.Q.Rev.63 (1947) 174; *Schlesinger*, The Notary and the Formal Contract in Civil Law, Report of the [New York] Law Revision Commission (1941), Study Relating to the Seal and the Enforcement of Certain Written Contracts, p. 59.

I.

Visos modernios teisės sistemos remiasi tuo, kad bet kokie sandoriai teisiniais pripažįstami tik tada, jeigu jie sudaromi laikantis nustatytos formos reikalavimų. Tačiau privalomi formos reikalavimai šiandien visur pripažįstami išimtimi iš *sutarties formos laisvės principo*. Kai kurios teisės sistemos šį principą įtvirtina akivaizdžiai, kaip, pavyzdžiui, Šveicarijos PK 11

straipsnis, pagal kurį sutartims, kad jos galiotų, speciali forma turi būti suteikta „tik tada", kai įstatymas tai numato (taip pat Austrijos CK 883 str.). Priešingai, Vokietijos civilinis kodeksas, kaip tai dažnai nutinka, paaukoja įstatymo teksto formalaus trumpumo aiškumą bei liaudiškumą ir 125 straipsnyje tik netiesiogiai leidžia suprasti, kad teisiniai sandoriai gali būti sudaromi vadovaujantis jų formos sudarymo laisvės principu.

Tiesa, sutarties formos laisvės principas ne visada galiojo teisės istorijoje. Senoji romėnų teisė, kaip ir kitos ankstyvosios teisės sistemos, vadovavosi supratimu, kad teisinė prievolė gali atsirasti *tik* formaliais veiksmais. Formos laikymasis buvo ne priemonė konkretiems teisiniams techniniams tikslams pasiekti, kaip, pavyzdžiui, įrodymų užtikrinimui, bet privaloma sąlyga tam tikrų teisinių pasekmių atsiradimui. Pagal *Dulckeits* forma reiškė „galiojimo formą", o ne vien „gynybinę formą" (Jubiliejinis leidinys, Fritz Schultz I [1951] 161). Tai rodė, kad senose formose labai išraiškingai siejasi ritualinis iškilmingumas ir vaizdingas tikslumas. Taigi senovės Romoje sudarant sutartį turėjo būti pasakomos griežtai nustatytos frazės ir jas lydėti konkretūs judesiai: pavyzdžiui, parduoto asmens ar daikto palietimas, kurį atlikdavo įgijėjas, jei nuosavybė būdavo perduodama *mancipatio* būdu. Žinoma, plėtojantis Romos teisei prasiveržė laisvos formos teisiniai sandoriai – pirmiausia konsensualinės ir realinės sutartys, kol labai išplėtotoje klasikinių laikų sutarčių teisėje jos sukūrė taisykles. Forma atliko tik tam tikrą apsauginę funkciją, ir tai paaiškinama tuo, kad poklasikiniu laikotarpiu iš esmės buvo žinoma tik rašytinio sandorio atidavimo saugoti forma, kuri šiandien daugeliu atvejų – nuo raštiško įforminimo iki patvirtinimo dokumentais, kurį atlieka oficialus asmuo – vaizduoja tipišką privalomą formą.

Be vargo galima išskirti tam tikras *funkcijas*, kurių įstatymų leidėjas, nustatydamas formos reikalavimus, laikosi: iš esmės tai įrodinėjimo ir rimtumo funkcijos.

Įrodinėjimo funkcija atrodo esanti istoriškai seniausia. Anglijos 1677 metų *Statute of Frauds* (įstatymų, nustatančių, kad tam tikros sutartys turi būti sudaromos rašytine forma) kai kurie punktai Anglijoje ir daugelyje Šiaurės Amerikos valstijų galioja ir šiandien. Jie buvo perimti *in toto*, tam tikriems sandoriams nustatant privalomą formą (tai leidžia spėti ir pats įstatymo pavadinimas), nes norėta išvengti proceso šalių apgaulingų machinacijų. Kaip rašoma *Statute of Frauds* preambulėje: *for the prevention of many fraudulent practices which are commonly endeavoured to be upheld by perjury and subornation of perjury.* Kol teisminiame procese buvo privalomos sudėtingos įrodinėjimo taisyklės ir kol jis vyko prieš lengvai suklaidinamus prisiekusiuosius, slypėjo pavojus, kad tariamos žodinės sutarties įrodymui ieškovas prieš teismą duos neteisingus parodymus, melagingai prisieks ar leis išsirikiuoti pasamdytiems liudytojams. To paties tikslo siekė ir dar senesnė 1566 metų prancūzų taisyklė *Ordonnance de Moulins* 54 straipsnyje, kuriame liudytojų įrodymai buvo neleistini, jei sutarčių ginčo vertė buvo daugiau nei 100 svarų. Iš šiandieninės pozicijos turėtume pridurti, kad formos reikalavimo įrodymą garantuojanti funkcija turi įtakos ir ten, kur šalys neturi nedorų ketinimų. Ir šiais atvejais forma palengvina ne tik *sutarties sudarymo*, bet ir jos *turinio* įrodymą, nes pateikus dokumentą, kurį paneigti sunku, daroma prielaida, kad jame esantys susitarimai yra išdėstyti išsamiai ir teisingai. Kad minėtų nuostatų prasmė pirmiausia buvo matoma įrodymų užtikrinime, rodo ir tai, kad ir šiandien formos nesilaikymas nesukelia sandorio negaliojimo, o vien tik procesinių sankcijų: angloamerikiečių teisėje laisva forma sudaryta sutartis yra *neskundžiama (unenforceable)*, Prancūzijoje – negali būti liudytojų *įrodinėjama* (Prancūzijos CK 1341 str.: *Il n'est reçu aucune preuve par témoins*).

Tiesa, tarptautinėje privatinėje teisėje negalima suklysti dėl to, kad pagal kai kurių užsienio šalių įstatymų teises formos nesilaikymas sukelia tik procesinių sankcijų. Žinoma, pagal nerašytą kolizinių normų taikymo principą šalies teisėjas visuomet naudos tik savo, o ne užsienio procesinę teisę. Bet tai nereiškia, kad Vokietijos teisėjas, vertindamas pagal Prancūzijos teisę sudarytą sutartį, gali ją pripažinti galiojančia todėl, kad Prancūzijos teisė dėl sandorių formos nesilaikymo nustato tik procesinę pasekmę – negalimumą remtis liudytojų parodymais, kurios negali taikyti Vokietijos teisėjas. Juk Prancūzijos nuostata, nors ir procesiniu rūbu, atlieka materialinę teisinę formos reikalavimo užtikrinimo funkciją. Todėl Vokietijos teisėjas turėtų sutartį pripažinti negaliojančia dėl formos reikalavimų nesilaikymo. Kitaip mano Vokietijos Aukščiausiasis Teismas, JZ 1955, 702 su kritinėmis *Gamillscheg* pastabomis. Apie JAV sutarčių formos reikalavimų tobulinimą palyginkime *Donath* I Prax 1994, 333.

Labai dažnai nustatant formos reikalavimus siekiama realizuoti *rimtumo* funkciją, t. y. komerciniuose santykiuose nepatyrusias šalis ji turėtų saugoti nuo skubotumo – suteikti šalims galimybę apmąstyti ir taip sukurti prielaidas, kurioms esant sandoris veikiausiai gali būti pripažintas rimtu. Teisinga, kad ir pareiškimas dėl laidavimo, kuriam privaloma rašytinė forma, gali būti paruošiamas ir pasirašomas per kelias sekundes. Šis formos reikalavimas nebūtinai reiškia laiko atidėjimą ir taip galimybės sukūrimą dar kartą permąstyti. Visgi teisėjui rašytinė forma reiškia, kad paliekama neprivalomų derybų sfera ir nuo dabar kalbama apie tai, ar šalys nori, ar nenori sudaryti komercinę sutartį.

Ypač tais atvejais formos reikalavimas atlieka rimtumo funkciją, kai reikalauja, jog aptariamasis sandoris būtų patvirtintas teisinį išsilavinimą turinčio oficialaus asmens, kaip, pavyzdžiui, Vokietijoje notaro, kuris

turi išaiškinti šalių valią, aplinkybes bei sandorio sukeliamas teisines pasekmes, taip pat aiškiai ir nedviprasmiškai jų paaiškinimus perteikti raštu. Be kita ko, jis turi atkreipti dėmesį į tai, kad būtų vengiama klaidų ir abejonių bei neskriaudžiami nepatyrę ir neapsukrūs dalyviai (Vokietijos dokumentų tvirtinimo įstatymo 17 str.).

Notarą, kaip pareigūną, kuriam patikėtas sandorių tvirtinimas, žino visos Europos šalys, o angloamerikiečių teisės sistemose – ne. Forma, kuri atitiktų „notarinį dokumentą“ (Vokietijos CK 128 str.), „notarinius aktus“ (pvz., Austrijos CK 551 str.) ar *acte authentique* (Prancūzijos CK 1312 str.), bendrajai teisei nėra žinoma. Tačiau Anglijoje yra ir *Public Notary* (viešo notaro) profesija. *Court of Faculties* (Bažnyčios teismas), prižiūrint *Cantenbury* arkivyskupui, leidžia kandidatuoti į ją asmenims, turintiems ne mažesnį kaip septynerių metų profesinės veiklos stažą (plg. detales *Brooke*, ten pat, p. 24 ir kt.). Iš esmės viešo notaro užduotis – surašyti dokumentus, kurių pagal užsienio teisę reikia šalims ir kuriais jos vėliau norės pasinaudoti užsienyje. Amerikos viešą notarą su kontinentinio tipo notaru sieja tik pavadinimas. Paprastai kalbama apie asmenis su žemesniu juridiniu išsilavinimu, kurie pagal tos valstijos, kurioje yra jų buveinė, įstatymus turi priimti priesaiką, tvirtinti asmenų parašus ir pan.

Tarptautinėje privatinėje teisėje dažnai kyla klausimas, ar pagal Vokietijos teisę reikalaujamas sandorio ar parašo tvirtinimas yra galiojantis, jei tai atliko užsienio „notaras“. Kiekvienu atveju reikės nuspręsti, ar oficialus užsienio asmuo gali būti priešpriešintas savo šalies notarui, ypač atsižvel-

giant į tikslus, kurių siekia Vokietijos formos reikalavimas. Ten, kur Vokietijos teisė kartu su jos reikalaujama forma nori matyti rimtumo funkciją, atliktą ta prasme, kad šalys neturėtų priimti sprendimo be nusimanančiojo teisės moksluose patarimo, Amerikos viešo notaro jokiu būdu nepakaks (plg. apie tai *Kropholler*, Internationales Privatrecht [1942] 209 ir kt. bei BGHZ 80,76).

II.

Romanų teisinės erdvės civiliniai kodeksai, kurių ištakos glūdi Prancūzijos civiliniame kodekse, iš esmės skiria atvejus, kai formos nesilaikymas daro sandorį *negaliojantį*, ir atvejus, kai trūkstant nustatytos formos sandoris galioja, tačiau teisme jo negalima *įrodinėti* tam tikromis įrodinėjimo priemonėmis. Skirtumas tarp negaliojimo ir negalimumo įrodyti iš esmės yra labai mažas: dėl formos trūkumo *negaliojantis* sandoris turi būti pripažintas negaliojančiu teismo iniciatyva, o esant galiojančiam sandoriui, kurio egzistavimo įrodinėjimo galimybės yra ribotos, suinteresuota šalis jį gali pripažinti.

Prancūzijos teisėje yra mažai atvejų, kai formos reikalavimo laikymasis yra prielaida sandorio galiojimui. Dažniausiai įstatyme tokia forma yra laikoma notarine. Čia priskiriami pasižadėjimas dovanoti turtą (Prancūzijos CK 931 str. ir Italijos CK 782 str.) bei vedybų sutartis (Prancūzijos CK 1394 str. ir Italijos CK 162, ir kt. str.). Tačiau įprasta rašytinė forma, išskyrus testamentą, sandorio galiojimo sąlyga griežtąja prasme yra tik tada, jei tai *sous peine nullité* įsakmiai nustato įstatymai arba tai išplaukia iš formos reikalavimų. Prancūzijos CK 2044 str. 2 d. akivaizdžiai nustato, kad sutartis, kuria šalys kilusį ginčą pašalina abipuse nuolaida (taikos sutartis), turi būti sudaryta raštu. Šis reikalavimas teismų praktikoje buvo išaiškintas taip, kad formos nesilaikymas sukelia neigiamų procesinių pasekmių, tai yra negalimumą remtis liudytojų parodymais, tačiau nesukelia sandorio negaliojimo pasekmių.

Prancūzijoje taip pat galioja žodžiu sudarytos žemės sklypo pirkimo ir pardavimo sutartys (Prancūzijos CK 1583 str.). Teiginys, esą sutartis sudaryta žodžiu, liudytojų gali būti įrodinėjamas tik tada, jei pateikiamas dokumentas, iš kurio išplaukia, kad teiginys pagrįstas (Prancūzijos CK 1341 str.). Bet dažnai pakanka paties dokumento, pavyzdžiui, laiško, kuriame išdėstytas derybų rezultatas. Tačiau ir Prancūzijoje gana įprasta, kad tokios sutartys sudaromos notarine forma. Nes pirkėjas tik tada trečiojo asmens atžvilgiu įgyja neskundžiamumo teisinį statusą, jei jis, kaip savininkas, įtraukiamas į oficialų registrą, o registravimo procedūrą registro įstaiga atlieka tik pateikusi notarinį dokumentą: *Cela impose pratiquement de passer les ventes immobilières par acte notarié* (*Carbonnier*, Droit civil, Les obligations [1991] 174 ir kt.).

Nors Prancūzijoje (kitaip nei Italijoje; plg. Italijos CK 1350 str.) daugelis svarbių sandorių gali būti sudaromi nesilaikant griežtos formos reikalavimų, šalys paprastai sandorius sudarinėja rašytine arba notarine forma, nes žodžiu sudarytos sutarties įgyvendinimui gali iškilti didelių sunkumų. Tai išplaukia iš Prancūzijos CK 1341 straipsnio, kuris visiems sandoriams, kurių vertė didesnė nei 5000 Prancūzijos frankų, nustato paprastos rašytinės *(acte sous seing prive)* ar notarinės *(acte notarie)* formos reikalavimus, kurių nesilaikymas atima iš šalių galimybę remtis liudytojų parodymais teisme (taip pat numato ir Italijos CK 2721 straipsnis, jei vertė didesnė nei 5000 Italijos lyrų).

Tas pat galioja pagal Prancūzijos CK 1985 straipsnį. Tais atvejais, kai ginčijamasi dėl atstovavimo teisės buvimo, o sandorio vertė viršija 5000 Prancūzijos frankų, įgaliotojas gali pateikti parodymus dėl įgaliojimo suteikimo tik dokumentų forma, o ne liudytojais. Kitaip šį klausimą sutvarkė Italijos CK. Pagal jį atstovavimas turi būti išreikštas ta pačia forma, kaip ir jo pagrindu sudaroma sutartis (Italijos CK 1392 str.; kitaip Vokietijos CK 167 str. 2 d.).

Iš esmės kiekvieno rimtesnio sandorio sudarymą galima įrodyti tik pateikus notariškai patvirtintą arba privatų dokumentą. Notarinis dokumentas, kaip jau minėta, tai dokumentas, kuriame, laikantis tam tikrų formalumų, šalių sudaromas sandoris yra patvirtintas kompetentingo notaro. Sudėtingiau aprašyti privataus dokumento *(acte sous seing privé, scrittura privata)* formą. Nukrypstant nuo Vokietijos teisės yra reikalaujama, kad abipusių sutarčių atveju būtų paruošta tiek sutarties originalų, kiek yra šalių (plg. Prancūzijos CK 1325 str.). Kita vertus, laiškas, kuriuo pirkėjas akceptuoja pardavėjo žodinę ofertą, turėtų reikšti *acte sous seing privé*, nors tai visai nedera su Prancūzijos CK 1325 str. (plg. Req. 1928.2.8, D.H. 1928, 133). Jei kas nors vienašališkai įsipareigoja mokėti tam tikrą sumą, pavyzdžiui, už laidavimo perėmimą arba už tam tikrą kiekį pakeičiamų daiktų, dėl jų surašytas dokumentas yra galiojantis *acte sous seing privé*, jeigu pažado davėjas pažadėtą pinigų sumą arba paslaugą dokumente tiek skaičiais, tiek ir žodžiais *(en chiffres et en toutes lettres)* įrašo ranka.

Jei susitarimas išreikštas šia forma, pagal 1341 straipsnį liudytojų parodymais negali būti įrodinėjama tai, kad po sutarties sudarymo šalys žodžiu ją pakeitė. Tas pat galioja, jei nesilaikoma formos reikalavimų, ir šalis tvirtina sudariusi žodinę sutartį: tokio tvirtinimo taip pat negalima įrodinėti liudytojų parodymais. Abi taisyklės galioja tik su dideliais apribojimais.

Pastaroji taisyklė negalioja tais atvejais, kai žodžiu sudarytas sandoris yra komercinis. Iš Prancūzijos KK 109 straipsnio išplaukia, kad verslininkai komercinius sandorius gali įrodinėti visomis priemonėmis, ir todėl atsakovas, kuriam žodinis susitarimas būtų komercinis sandoris, negali remtis 1341 straipsniu, o turi taikstytis su liudytojų parodymų leistinumu. Iš tiesų būtų absurdiška, jei modernią komercinę apyvartą, kuri dažnai suplanuota trumpam laikotarpiui, būtų norima netiesiogiai pajungti rašytinei formai, atmetant žodinių susitarimų galimybę.

Kitas svarbus apribojimas išplaukia iš Prancūzijos CK 1341 straipsnio, pagal kurį liudytojų parodymai yra leistini, jei įrodinėjimo pareigą turintis asmuo gali pateikti *commencement de preuve par écrit*, t.y. „raštišką pagrindą įrodymui". Tai – priešingos ginčo šalies surašyti dokumentai, iš kurių tikėtina, jog sutartis tarp šalių iš tiesų buvo sudaryta žodžiu (Prancūzijos CK 1347 str., taip pat Italijos CK 2724 str.). Dokumentai, kuriuos pasirašė priešinga sutarties šalis, bet dėl kokių nors formos trūkumų jie atitinka tik *acte sous seing privé* reikalavimus, paprastai suprantami kaip *commencement de preuve* ir taip suteikia galimybę remtis liudytojų parodymais. Kreditorius, kuris teismine tvarka reikalauja paskolos grąžinimo, paskolos sutarties žodinį sudarymą gali įrodinėti liudytojų parodymais, jei pateikia atsakovo raštą, kuriame jis dėkoja kreditoriui už „padarytą paslaugą". Jei šis raštas paskolos egzistavimą padaro tikėtinu, ieškovui, kad visiškai įtikintų teismą, nepaisant 1341 straipsnio, įrodinėti sutarties sudarymo faktą yra leidžiama liudytojų įrodymais.

Commencement de preuve (raštiško pagrindo) sąvoką teismai taip plačiai išaiškino, kad 1341 straipsnio taisyklės praktikoje neteko savo griežtumo. Ne kartą reikalauta, kad būtų kalbama apie dokumentą siaurąja žodžio prasme: kai kurie teismai ir žodinius pareiškimus, užfiksuotus garsajuostėje, pripažino kaip „pagrindą liudytojų parodymų" leistinumui (Dijon

1955.6.29, D.1955, 583). Pagal imperatyviąją Prancūzijos CK 1347 str. 3 d. teismas raštišką pagrindą gali matyti jau tame, kad sutarties šalis, nepaisydama šaukimų, neatvyksta į teismą arba nors ir atvyksta, tačiau į konkrečius klausimus neatsakinėja arba atsakinėja išsisukinėdama, ir taip savo elgesiu įrodo žodinės sutarties sudarymo faktą.

Pagaliau draudimas remtis liudytojų parodymais negalioja ir tais atvejais, kai ieškovas, nors ir neturėdamas rašytinės sutarties dokumentų, įrodo, kad šių dokumentų reikalavimas jam buvo neįmanomas dėl faktinių ar moralinių aplinkybių (plg. Prancūzijos CK 1348 str.). Jei, pvz., sutuoktiniai, sužadėtiniai, broliai ir seserys tarpusavyje arba tėvai su vaikais sueina į komercinius teisinius santykius, tiesiog yra netaktiška, jei jie savo reikalavimams užtikrinti vienas iš kito reikalautų skolos raštelio. Į šį socialinį faktą teismų praktika atsižvelgia, tokiais atvejais atsisakydama nuo reikalavimo pateikti raštiškus įrodymus (plg., pvz., Req.1920.2.2, D.P. 1921. 1. 40; Req. 1938.6.27, Gaz.Pal. 1938. 2. 586).

Taigi iš įspūdingo Prancūzijos CK 1341 straipsnyje įtvirtinto principo lieka nedaug kas. Jei iš šalių paaiškinimų teisėjui susidaro įspūdis, kad ieškovo teiginys, esą sutartis buvo sudaryta žodžiu, *prima facie* yra tikėtinas, teisėjas visada ras būdų ir priemonių, kaip leisti įrodinėjimo procese remtis liudytojų parodymais. Tai komercinės apyvartos sandoriams, šiaip ar taip, galioja. Tačiau teisėjas atsakovo raštiškus paaiškinimus ar net jo elgesį teisme gali įvertinti taip, kad ginčytinas sandoris „veikiausiai" buvo sudarytas. Ten, kur raštiško pagrindo nėra, teismui lieka galimybė tokio dokumento gavimą apibūdinti kaip ieškovui *moralement impossible*. Jei praktikoje pagrįstas reikalavimas retai sužlunga dėl Prancūzijos CK 1341 straipsnio įrodymo draudimo, tai nekeičia nieko ta prasme, kad ši nuostata daro didelį spaudimą sandorių raštiškam sudarymui. Ar teismas vėliau leis liudytojų parodymus, sunku nuspręsti iš anksto, ir šio netikrumo bandoma pagal galimybes išvengti.

III.

Paaiškėjo, kad romaniškosios teisės sistemos formos reikalavimai iš esmės siekia įrodymų funkcijos. Jei nėra nustatyta formų, tai paprastai sukelia ne sandorio negaliojimą, o vien tik jo įrodymų apsunkinimą, nepageidaujamą teisės politikos požiūriu, nes akivaizdžiai pašalinami nepatikimi liudytojų parodymai. Šis liudytojų parodymas, žinoma, vėl leidžiamas, jeigu už iš tiesų padaryto įsipareigojimo pareiškimo įvykdymo interesą papildomai kovoja nors mažiausias rudimentinis rašytinis įrodymas arba kiti faktiniai požymiai.

Visai kita situacija *Vokietijos* teisės sistemose. Žinoma, ir jų formų reikalavimais siekiama įrodinėjimų funkcijos; tačiau šalia rimtumo funkcijos jų reikšmė yra mažesnė. Tai pasireiškia tuo, kad formos trūkumas Vokietijos teisės sistemoje sukelia sandorio negaliojimą tik tuo atveju, jeigu esant nustatytai formai būtų galima įrodyti ginčijamą faktą ar išaiškinti tikrąją šalių valią. Tokį griežtą formos trūkumo sankcionavimą galiausiai galima paaiškinti tuo, kad įstatymų leidėjas paprastai forma siekia rimtumo funkcijos.

Pirmame šių iš esmės įvairių pažiūrų plane išaiškėja Vokietijos teisės sistemų įstatyminių nuostatų ypatumai. Vokietija ir Šveicarija suteikia pirmenybę bendrai taisyklei, pagal kurią sandoris, jeigu nesilaikoma įstatymu numatytos formos, iš esmės yra niekinis arba nuginčijamas (Vokietijos CK 125 str., Šveicarijos PK 11 str.). Formos reikalavimus galima rasti išbarstytus civiliniuose kodeksuose, kuriuose įstatymų leidėjas atskiru atveju nustato, ar užtenka rašytinės formos, ar reikia notarinio patvirtinimo, ar formos reikia tik vienos sutarties šalies pa-

reiškimui, ar abiejų šalių pareiškimams, ar sandoris, kuris negalioja dėl formos trūkumo, gali būti pripažintas galiojančiu dėl to, kad buvo įvykdytas vėliau.

Jei kalbėtume apie tam tikros formos reikalaujančius sandorius, nesunkiai galėtume išskirti keletą bendrų bruožų, kylančių iš prievolinės teisės. *Pirkimo ir pardavimo sutartys*, nepriklausomai nuo parduoto daikto vertės, pripažįstamos galiojančiomis bet kokia forma. Išimčių šiuo atveju Vokietija ir Šveicarija daro žemės sklypo pirkimo ir pardavimo sutartims: jos privalo būti notariškai patvirtintos (Vokietijos CK 313 str., Šveicarijos PK 216 str.). Austrijoje, priešingai, žodžiu sudaryta žemės sklypo pirkimo ir pardavimo sutartis galioja. Tačiau sandoriui reikia nuosavybės perėjimo fakto įregistravimą patvirtinančio dokumento (Austrijos CK 432 str.). Pirkėjas, remdamasis žodžiu sudarytos sutarties sudarymu, iš pardavėjo gali reikalauti dalyvavimo išduodant dokumentus kaip dalį sutarties įvykdymo veiksmų.

Šveicarija yra visiškai viena su Šveicarijos PK 165 straipsnio nuostata, pagal kurią reikalavimų *perleidimų* galiojimui būtina rašytinė forma. Vokietija dėl techninių kadastro priežasčių tokios formos reikalauja tik hipoteka užtikrintų reikalavimų perleidimui (Vokietijos CK 154 str.).

Tačiau visur yra pripažinta, kad esant intercesijai gyvuoja skubotumo apsaugos poreikis. Laidavimui visose sistemose nustatyta rašytinė forma, kadangi kalbama vien tik apie laiduotojo apsaugą, tai yra apie jo įsipareigojimo pareiškimą. Šveicarijos teisė šiuo atveju turi detalizuotą nuostatą, 1941 metais įvestą specialiu įstatymu. Pagal jį kiekvienu atveju laidavimo dokumente didžiausia laiduojama suma turi būti įvardyta skaičiais. Jei fizinis asmuo už privataus kreditoriaus reikalavimą perima laidavimą, laiduotojas privalo pats ranka įrašyti į dokumentą didžiausią atsakomybės sumą; jei didžiausia atsakomybė viršija 2000 Šveicarijos frankų, šiuo atveju reikia oficialaus laidavimo pranešimo patvirtinimo (plg. Šveicarijos PK 493 str.).

Pagal Vokietijos ir Austrijos teisę laidavimą, tiesa, galima perimti ir *žodžiu*, jeigu perėmimas laiduotojui reiškia komercinį sandorį (Prekybos kodekso 350 str.). Tai primena Prancūzijos teisės taisyklę, pagal kurią komercinis sandoris įvyksta, jei formos reikalavimų ir nesilaikoma. Prancūzijoje tai motyvuojama tuo, kad komercinės ir ūkinės apyvartos negalima sukliudyti nepalankiais formalumais, kai tuo tarpu Vokietijos nuostata iš esmės remiasi samprotavimais, kad sudarant komercinius sandorius verslininkas nenusipelno apsaugos nuo skubotumo.

Pasižadėjimui dėl turto dovanojimo Vokietijoje ir Austrijoje reikia notarinio patvirtinimo. Šveicarijoje užtenka rašytinės formos, jei pažadėtasis daiktas nėra žemės sklypas: šiuo atveju ir čia reikia notarinio patvirtinimo (Šveicarijos PK 243 str.).

Angloamerikiečių teisė pripažįsta pasižadėjimą dėl tam tikrų veiksmų atlikimo tik tada privalomu, jei jis duotas atsižvelgiant į pasižadėjimo gavėjo priešpriešinį patenkinimą, t.y. *consideration*. Jei nėra priešpriešinio patenkinimo, kurį gavėjas savo ruožtu turi įvykdyti ar pasižadėti įvykdyti, pritarimas galioja tik tada, jeigu jis įtvirtintas specialiame dokumente. Anksčiau dokumentas turėjo būti pateiktas *under seal*, taigi su antspaudu. Šis antspaudavimas ilgą laiką buvo tik tuščias formalumas, nes užteko to, kad ant dokumento būtų išspaustos raidės *L.S. (loco sigilli)*, arba žodis *Seal* (antspaudas), arba tas asmuo, kuris pažada (ar jo advokatas), ant dokumentų užklijuotų raudoną popieriaus ženklą. 1989 metų *Law of Property Act (Miscellaneous Provisions)* (Turto įstatymu (įvairios nuostatos)) įstatymų leidėjas panaikino

antspaudavimą. Vietoje antspauduoto dokumento pasirodo *deed*. Tai yra rašytinis asmens, kuris pažada, pasirašytas pareiškimas, kuris reiškia, kad jo norėta kaip *deed;* taip pat reikia liudytojo parašo, kuriuo šis patvirtina pažado davimą.

Daugelyje JAV valstijų užantspauduoto dokumento forma panaikinta specialiaisiais įstatymais. Juose paprastai nustatyta, kad pasižadėjimas, nesant *consideration* (priešpriešinio patenkinimo), net ir su antspaudu yra negaliojantis (plg. [1981] *Restatement of Contracts 2d* įžanginę dalį prieš 95 str. ir kt.)

Kiti atvejai, kuriais tam tikros formos laikymasis yra galiojimo prielaida, angloamerikietiškoje teisėje yra labai reti. Priešingai, įstatymu numatytas formos nesilaikymas dažniausiai veda prie to, kad konkretus sandoris nors galioja, tačiau yra *unenforceable*, taigi negali būti pagrindas ieškiniui. Svarbiausius šios rūšies formos reikalavimus rasime ir jau minėtame 1677 metų *Statute of Frauds* (įstatymuose, nustatančiuose, kad tam tikros sutartys turi būti sudaromos rašytine forma). Pagal juos rašytinės formos *a note or memorandum of the agreement in writing and signed by the party to be charged therewith* reikia:

1. Palikimo administratoriaus *(executor* arba *administrator)* pasižadėjimui, kuriuo jis asmeniškai įsipareigoja atsakyti už palikimo skolas.
2. Pasižadėjimui, kuriuo kažkas pasižada laiduoti už trečiojo asmens skolą.
3. Pasižadėjimui, kuriuo kažkas, atsižvelgiant į būsimą santuokos sudarymą, pasižada atlikti tam tikrus veiksmus.
4. Sutarčiai, pagal kurią perduodamas žemės sklypas arba teisės į jį.
5. Sutarčiai, kuri turi būti įvykdyta pasibaigus vieneriems metams po sutarties sudarymo.
6. Visoms pirkimo ir pardavimo sutartims, kuriose pirkimo kaina viršija 10 svarų, jei ne pirkėjas paėmė visą ar dalį nupirkto daikto arba atliko tam tikrus veiksmus, įvertinant tai kaip rankpinigius ar kainos dalį.

Anglijos teisininkai bei teisėjai beveik trijų šimtų metų istorijoje *Statute of Frauds* apibrėžė kaip visiškai nepavykusį įstatymų leidėjo darbą. Įstatymas norėjo sukliudyti nesąžiningoms šalims kelti reikalavimus iš išgalvotų sutarčių. Tačiau kartu įstatymas sukūrė galimybę kiek gudriau išsisukti nuo prisiimto įsipareigojimo, kurį jis, nors ir žodžiu, perėmė. Todėl Anglijos teisėjai, privatinėje teisėje skeptiškai nusiteikę dėl įstatymų leidybos slaptumo, savo išaiškinimais susiaurino *Statute of Frauds* veikimo sritį, ir tai palengvino nepaprastai miglotą įstatymų kalbą. Išvada buvo tokia, kad *by the end of the nineteenth century, practitioner and student alike had to pick their way through a tangle of case law behind which the original words of the statute were barely perceptible* (devynioliktojo amžiaus pabaigoje tiek praktikuojantys teisininkai, tiek studentai turėjo skintis kelią per precedentinės teisės raizgalynę, pro kurią originalūs statuto žodžiai buvo sunkiai suvokiami) (*Cheshire/Fifoot[-Furmston-]*, the Law of Contract [1991] 202).

Todėl Anglijoje jau anksti imtasi žygių dėl *Statute of Frauds* panaikinimo. Šias pastangas sėkmė apvainikavo tik 1954 metais, *Law Reform (Enforcement of Contracts) Act* (Teisės reformos (sutarčių vykdymas) įstatymu) didžiąja dalimi panaikinus *Statute*. Ateityje formos rei-

kalavimai bus taikomi tik pasižadėjimams dėl intercesijos ir žemės sklypų sutartims (dabar žr. *Law of Property [Miscellaneous Provisions] Act* (Turto teisės įstatymas [įvairios nuostatos]) 1989 2 1 d.).

Jungtinėse Valstijose, priešingai, *Statute of Frauds* formos reikalavimai vyrauja, nes beveik visose valstijose jau seniai išleistos įstatyminės nuostatos, kuriose pakartotos pavienės *Statute of Frauds* nuostatos, nors dažnai tekste nukrypstama bei pirkimo ir pardavimo sutartyse nurodomos skirtingos vertės ribos. Žinoma, tai reiškia, kad Amerikos teismai pasenusio įstatymo taikymo naštą toliau neša patys. Vienai iš svarbiausių knygų apie Amerikos sutarčių teisę, šešiatomiui Corbino veikalui, reikia viso tomo su daugiau nei 800 puslapių ir tūkstančiais bylų, kad skaitytojui pateiktų nuostatas dėl *Statute of Frauds* taikymo. Ir Corbinas su keliais amerikiečių autoriais yra tos nuomonės, kad *Statute* panaikinimas ar apribojimas būtų sveikintinas. Tačiau jis mano esant neįmanoma, kad tam būtų pasiruošusios daugiau nei 50 valstijų: *Its repeal would deprive attorneys at law of one of their cherished defenses* (Corbin, 275 str. [1964 papildymas]).

Esminiai samprotavimai klausimu, ar *pirkimo ir pardavimo sutartims* turėtų būti taikomas rašytinės formos reikalavimas, paskutiniaisiais metais keliamas kartu su Vieningo komercinio kodekso įvedimu. Tačiau ir čia, galbūt prisijungus prie teigiamos Llewellyno (Yale L.J.40 [1931] 704, 747) pozicijos, laikomasi senos nuostatos: pagal Vieningo komercinio kodekso 2-201 straipsnius pirkimo ir pardavimo sutartys dėl prekių, kurių kaina 500 JAV dolerių ar daugiau, iš esmės *enforceable* (vykdytinos) tik tada, jei pateikiamas rašytinis dokumentas, iš kurio galima spręsti apie sutarties sudarymą; dokumentą turi būti pasirašiusi bent viena šalis, prieš kurią yra nukreiptas reikalavimas. Kad šių normų pirkimo ir pardavimo sutartims laikymasis, kuris priešingas moderniems Anglijos įstatymams, Jungtinėse Valstijose protingas kaip ir anksčiau, bandyta pagrįsti įvairiais samprotavimais: esą Jungtinėse Valstijose labiau nei Anglijoje bijoma, kad ieškiniai galėtų būti pareiškiami remiantis abejotinais žodiniais pasižadėjimais. Pagal Amerikos teisę ieškovas nerizikuoja, jog tuo atveju, jei procesas bus pralaimėtas, reikės mokėti priešingos šalies advokato turėtas išlaidas (kitaip Anglijoje); be to, JAV ir dėl sutartinių ieškinių dažnai sprendžia prisiekusiųjų teismai, kuriuos akivaizdžiai lengviau suklaidinti, jeigu tam tikrų prievolinių santykių įforminimui nėra taikoma rašytinė forma (*Braucher*, Cornell L.Q. 40 [1955] 696, 705). Tai mūsų neįtikina.

V.

Kiekvienas formos reikalavimas tenkina tam tikrus įstatymo leidėjo tikslus. Teisinės politikos požiūriu nepageidaujamas liudytojų parodymas turi būti neįmanomas, sandoris – atskirtas nuo paruošiamųjų veiksmų, šalis – skatinama protingam apmąstymui arba jai turi būti suteikta galimybė gauti teisinę konsultaciją. Bet jei formos reikalavimas galioja, jis atsiskiria nuo teisinės politikos pagrindo, nulėmusio šios formos reikalavimo egzistenciją, ir nori būti taikomas net tais atvejais, kai įstatymo leidėjo keliami tikslai gali būti pasiekti ir kitais būdais. Jei kažkas po ilgų svarstymų įsipareigojo laiduoti, ir žodinis sutarties sudarymas nėra ginčijamas, Vokietijos CK 766 straipsnio „aklai veikianti" nuostata sukelia tokio pasižadėjimo negaliojimą, nors gali būti nustatyta, kad įrodymo problemos nėra. Tačiau rašytinio pareiškimo buvimas negarantuoja pakankamo apmąstymo dėl sandorio sudarymo lygio. Todėl formos reikalavimai dažnai sukelia didesnių padarinių, nei turėtų, realizuojant šiems reikalavi-

mams keliamus tikslus; todėl esant griežtai praktikai jie veda prie sprendimų, kurie taip smarkiai pažeidžia teisingumo jausmą, kad teisinė sistema privalo pati savęs paklausti, ar tam tikromis sąlygomis nereikėtų atsisakyti griežtų formos reikalavimų. Lyginamosios teisės tyrinėtojas klausia pats savęs: ar ši problema egzistuoja visose teisės sistemose? Kokioje dogmatinėje vietoje ji dabar nagrinėjama? Kokie yra sprendimai?

Vokietijos teisininkui ši problema žinoma iš gausybės teisminių sprendimų. Šiuose sprendimuose paprastai pažeidžiamas Vokietijos CK 313 straipsnis. Tarkime, žemės sklypo pirkimo ir pardavimo sutartis nėra notariškai patvirtinta. Kyla klausimas, ar pirkėjas, *nepaisant* formos trūkumų, gali reikalauti iš pardavėjo perleidimo, ir atvirkščiai, ar pirkėjas *dėl* formos trūkumų yra įsipareigojęs pardavėjui grąžinti jo valdomą turtą. Šių klausimų sprendimas teismų praktikoje priklauso nuo to, ar, atsižvelgiant į šalių santykius bei į „sąžiningumo ir teisingumo principo taikymą, būtų nesuderinama leisti žlugti sutartiniams įsipareigojimams dėl formalių trūkumų“ (BGHZ 12, 6). Apčiuopiamo veikimo turinio ši formulė, žinoma, neturi. Bet ji vaizdžiai parodo, kad teismai vertina šalių elgesį ir pateikia klausimą, ar po to yra nesąžininga ir nelojalu, jeigu viena šalis, remdamasi formos trūkumu, vėliau atsisako savo pažado. Šiaip ar taip, į tai atsakoma teigiamai, jeigu pardavėjas veikė apgaule, būtent sąžiningam pirkėjui sąmoningai simuliavo sutarties galiojimą, kad prievarta išgautų žemės sklypo grąžinimą, jei jo kaina vėliau kiltų (RGZ 96, 313, 315, BGHZ 12, 6). Tačiau tokių atvejų pasitaiko retai. Dažniau atsitinka, kad abi šalys apie sutarties negaliojimą žinojo arba to tikėjosi, arba kad abi šalys sutartį klaidingai laikė galiojančia, arba apie jos galiojimą negalvojo. Tokiais atvejais rėmimasis formos trūkumu pripažįstamas nesąžiningu, jeigu pirkėjas sumokėjo pirkimo kainą, įgijo žemės sklypo valdymą ir, pasitikėdamas sutarties galiojimu, pakeitė savo padėtį. Jei valstietis ateityje pažada savo sūnui perleisti ūkį jo nuosavybėn, ir po to daugelį metų toleruoja, kad sūnus visas fizines jėgas skiria ūkiui tvarkyti ir atsisako visų anksčiau buvusių profesinių planų, valstietis negali papildomai pasinaudoti tuo, kad jo pažadas, nes notariškai nepatvirtintas, yra negaliojantis ir todėl jis turi teisę nuo šiol ūkį perduoti dukrai (BGHZ 12, 286; BGHZ 23, 249). Lygiai taip pat sprendžiama ir tais atvejais, kai šalis derybų dėl (vėliau sužlugusios) sutarties sudarymo metu arba sudarius formos reikalavimų neatitinkančią sutartį savo kontrahentą skatino daryti esminį turto paskirstymą arba apie tokį paskirstymą žinojo ir jam pritarė (BGHWM 1962,9 ir 786). Taip pat ir Šveicarijos teismų praktikoje yra pripažinta, kad motyve dėl formos trūkumų gali slypėti „akivaizdus piktnaudžiavimas teise“ (Šveicarijos CK 2 str. 2 d.) tuo atveju, jeigu sutartį įvykdė abi šalys (plg. BGE 93 II 97; BGE 104 II 99; BGE 112 II 107 ir 330).

Vokietijos teismų praktikoje taip pat pasitaiko atvejų, kuriuose žemės sklypo pirkėjo planai neužima svarbesnės vietos, ir sutartis nagrinėjama kaip galiojanti. BGHZ 16, 334 atsakovė 1943 metais išdalijo žemės sklypą į mažus sklypelius, išnuomojo juos naujakuriams ir nuomos sutartimi (rašytine, bet notariškai nepatvirtinta) pažadėjo pastariesiems perleisti nuosavybę tuo atveju, jei jie 5 metus tiksliai vykdys savo sutartinius įsipareigojimus. 1952 metais vienas naujakurys pareiškė ieškinį dėl sklypelio perleidimo. Iš aplinkybių nėra aišku, ar, pasitikėdamas atsakove, ieškovas ėmėsi turtinių paskirstymų, taigi ar, pavyzdžiui, žemės sklype atliko statybinių pakeitimų, arba nepasinaudojo galimybe įsigyti kitą žemės sklypą. Ieškinys buvo patenkintas, nes atsakovė teisėje nenusimanantiems ir komerciškai nepatyrusiems naujakuriams pasirodė „autoritetingai“ ir sukėlė jų pasitikėjimą užtik-

rinta teisine pozicija; esant tokioms aplinkybėms tai prieštarauja sąžiningumo ir teisingumo principui, kadangi ji „sukėlė sutarties nestabilumą bei nuolat egzistuojančią galimybę remtis sutarties negaliojimu“ (ten pat, p. 338).

Anglijos teismai šiems atvejams išplėtojo teoriją apie *proprietary estoppel*. Pagal ją žemės sklypo savininkui, kuris kitam nedviprasmiškai ar tylėjimu pažadėjo perleisti nuosavybę arba teises į žemės sklypą, teisės požiūriu yra „uždrausta“ remtis savo pažado negaliojimu, jeigu pasižadėjimo gavėjas, pagrįstai pasitikėdamas pažadą duodančiojo asmens pareiškimu, ėmėsi realizuoti tam tikrus planus ir taip pakeitė padėtį savo nenaudai.

Palyginkime *Gray*, Elements of Land Law (1993) 312 ir kt. Tiesa, pasižadėjimo gavėjo pasitikėjimas nusipelno apsaugos tik tuo atveju, jeigu protingas žmogus, būdamas tokioje padėtyje, pasitikėtų pažadą davusio asmens pareiškimu. Tai buvo paneigta *Attorney General of Hong Kong* v. *Humphreys Estate Ltd.* [1987] A.C. 114 (PC) byloje. Šioje byloje du komerciškai patyrę įmonininkai sudarė raštišką išankstinę sutartį *(agreement in principle)* dėl žemės sklypų mainų. Po to ieškovas, tvirtai manydamas, kad bus sudaryta galutinė sutartis, žemės sklypą perėmė valdyti ir pertvarkė jį pagal savo poreikius. Tačiau jo ieškinys buvo atmestas, nes akivaizdžiai buvo sudarytas *subject to contract* (susitarimas, galiojantis tik pasirašius sutartį), ir todėl ieškovas perėmė riziką už tai, kad sutartis nebuvo sudaryta ir taip prarado galimybę remtis minėtais motyvais.

Kitaip *Pascoe* v. *Turner* [1979] 2 All E.R.945 byloje. Ieškovas 1973 metais pažadėjo žodžiu savo sugyventinei, kad namą, kuriame jie kartu gyveno nuo 1965 metų, ji galinti laikyti savo nuosavybe. 1976 metais ieškovas susirado kitą moterį ir pareikalavo iš atsakovės atlaisvinti namą. Teismas atmetė ieškinį ir patenkino atsakovės priešieškinį, priteisdamas namą jai. Tam didelės reikšmės turėjo tai, kad atsakovė, pasitikėdama ieškovo pareiškimais ir sutikimais, didelę savo santaupų dalį panaudojo namui modernizuoti.

Palyginkime toliau *Inwards* v. *Baker* [1965] 2 Q.B.29; *Greasley* v. *Cooke* [1980] 1 W.L.R. 1306; *Grant* v. *Edwards* [1986] Ch. 638 ir išsamiai *Gray*, p. 344 ir kt. Amerikos precedentinė teisė, išvesta iš 1982 metų *Restatement of Contract 2d*, suformulavo tokią taisyklę: sutartis, kuri remiasi teisės į žemės sklypą perleidimu, tačiau prieštarauja *Statute of Frauds* formos reikalavimams, gali būti pripažinta galiojančia, jei ieškovas, pagrįstai pasitikėdamas sutartimi ir besitęsiančiu kitos sutarties šalies pritarimu, taip smarkiai pakeitė savo padėtį *(has so changed his position)*, kad neteisingumo galima būtų išvengti tik reikalavimo patenkinimu (129 str.).

Jei įvykdomos *proprietary estoppel* sąlygos, nuo Anglijos teisėjo nuomonės priklauso, kuriuos reikalavimus jis pripažins pasižadėjimo gavėjui. Tai priklauso nuo atskiro atvejo aplinkybių. Kartais garantuojamas reikalavimas dėl pasižadėjimo įvykdymo, kartais tik piniginis reikalavimas, ir tai tik tuo atveju, jeigu į žemės sklypą investuotų panaudojimų vertė daug mažesnė, negu paties žemės sklypo, ir pagal aplinkybes yra neteisinga pasižadėjimo gavėjui atlyginti reikalavimą (plg. *Gray*, ten pat, p. 344 ir kt.).

Panašių pažiūrų yra ir Vokietijos teisėjas. Jei motyvus dėl formos trūkumo jis laiko nepagrįstais, sutartį privalo traktuoti taip, tarytum ji galiotų, ir todėl pripažinti reikalavimą dėl sutarties įvykdymo. Jei sutartį dėl prieštaravimo formos reikalavimams jis laiko niekine, tai ne-

reiškia, kad pasižadėjimo gavėjas nuolat iš to nieko nelaimės. Jam gali priklausyti reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo, jeigu jis, vykdydamas negaliojančią sutartį (ir todėl be teisinio pagrindo) atliko tam tikrus veiksmus pažado davėjui. Tuo pat metu teismų praktika jam pripažino reikalavimą atlyginti žalą dėl *culpa in contrahendo*. Tai, pvz., tinka ten, kur versle nusimananti šalis derybų versle nenusimanančiam kontrahentui realybei prieštaraujantį sutarties sudarymą pavaizdavo tikru, nors žinojo arba turėjo žinoti, kad kita šalis, pasitikėdama jos pareiškimu, atliks tam tikrus veiksmus ir nepasinaudos kitomis galimybėmis (BGH NJW 1965; 812; BGH WM 1967, 798; BGH NJW 1972; 1189).

Prancūzijoje ši išnagrinėta problema neturi didelės reikšmės, nes čia dėl žemės sklypų galioja tiek rašytiniai, tiek ir žodiniai susitarimai. Jei pardavėjas ginčija, kad susitarimas priimtas pakankamai konkrečiai ir šalys jo norėjo, pirkėjui paprastai bus leisti liudytojų priepriešiniai parodymai, nes tada bus pateiktas *commencement de preuve par écrit*. Žinoma, žemės sklypo dovanojimo sutartis sudaryta paprasta rašytine arba žodine forma yra niekinė, nes Prancūzijos CK 931 straipsnis tokio sandorio galiojimui reikalauja notarinio patvirtinimo. Jeigu pasižadėjimo davėjas leido asmeniui, kuriam suteiktas pasižadėjimas dėl dovanojimo, gyventi žemės sklype ir savo įprastu elgesiu *volontairement crée de faux espoirs dans l'esprit de celui-ci*, tame gali slypėti pasižadėjimą duodančiojo asmens neteisėti veiksmai, kurie jį pagal Prancūzijos CK 1382 straipsnį įpareigoja atlyginti žalą. Aix 11.1.1983, D.S. 1985, 169 su *Legier* pastabomis.

VI.

Peržiūrėjus ištirtą medžiagą galima manyti, kad visur pasaulyje egzistuoja sutarčių formos laisvė. Iš daugelio sandorių, kurių sudarymui pagal *Statute of Frauds* reikalaujama rašytinės formos, išliko tik sutartys dėl žemės sklypo ir pasižadėjimai dėl intercesijos. Prancūzijoje teismai taip plačiai išplėtojo *commencement de preuve par écrit* sąvoką, kad reikalavimas, kuris yra gana tikėtinas, tačiau nėra pagrįstas rašytine forma, tik labai retais atvejais negalios. Jungtinėse Amerikos Valstijose toks modernus Vieningas komercinis kodeksas pirkimo ir pardavimo sutartims nustato rašytinę formą, jeigu pirkimo kaina viršija tam tikrą sumą. Tačiau tam reikia ypatingo pagrindo. Jeigu kalbėtume apie tarptautines pirkimo ir pardavimo sutartis, Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 11 straipsnis vienareikšmiškai nustato, kad jos nepavaldžios formos reikalavimams ir gali būti įrodomos visais būdais, net liudytojų parodymais.

Jeigu pažvelgtume į kitus sandorius, išskyrus šeimos ir paveldėjimo teisės atvejus, tam tikros formos reikalaujama tik pasižadėjimams dėl turto dovanojimo, laidavimui ir sutartims dėl žemės sklypų. Pirmuosiuose dviejuose sandoriuose akivaizdu, kad pažado davėjas privalo būti apsaugotas nuo neapgalvotumo, skubotumo ir pernelyg spontaniško dosnumo ir kad turi būti išbandomas jo įsipareigojimo valios rimtumas, reikalaujant iš jo rašytinio pareiškimo arba nueiti pas notarą. Formos reikalingumas sutartims dėl žemės sklypo įsigalioja, jei kalbama apie esmines ekonomines vertybes. Tai pritaikoma ir pirkimo bei pardavimo sutartims dėl akcijų paketų, laivų, lėktuvų ar kito kilnojamojo turto. Tačiau žmogus, kurio pajamos vidutinės, palyginamą ekonominę reikšmę turinčias sutartis sudaro tik tada (ir tai labai mažai kartų savo gyvenime), kai perka žemės sklypą arba jį parduoda; todėl formos reikalavimai žemės sklypo sutartims yra tikslinga priemonė vartotojams ginti, juo labiau kad agresyvūs pardavimo metodai žemės rinkoje šiandien ne tokie reti. Žemės sklypų sandorių formalizavimas yra nepakeičia-

mas ir todėl, kad priešingu atveju nebūtų galima sukurti aiškių ir patikimų principų dėl įrašymo į nekilnojamojo turto registrą. Tai aiškinama tuo, kad Prancūzijoje žemės sklypų pirkimo ir pardavimo sutartys galioja ir sudarytos laisva forma, tačiau praktikoje visuomet sudaromos notaro akivaizdoje.

Tiesa, paskutiniaisiais dešimtmečiais pastebima, kad formos reikalavimai žygiuoja pirmyn. Šiuolaikinis įstatymų leidėjas formos reikalavimuose mato priemonę vartotojų apsaugai ir todėl rašytinės formos reikalauja sutartims dėl kredito suteikimo vartotojams, dėl gyvenamųjų patalpų nuomos, turistinių kelionių, išsilavinimo suteikimo ir t.t. Dėl šio būdo taip dažnai ginčijamasi Prancūzijoje, kad čia pradėta kalbėti apie *renaissance du formalisme* (plg. *Ghestin* Nr.266). Žinoma, formos laikymasis šiais atvejais nėra prielaida sutarties galiojimui. Priešingai, įstatymų leidėjas kalba, kad sutarties šaliai, kuriai reikia papildomos gynybos, prieš sutarties sudarymą rašytine forma arba jos sudarymo metu suteikiama tam tikros informacijos. Savaime suprantama, šios nuostatos yra geras dalykas, tačiau ar jos visuomet yra prasmingos, galima abejoti. Vartotojas, kuriam skubiai reikia kredito, vargiai kada nors įsidėmės išsamią informaciją, kurią paskolos davėjas privalo jam suteikti prieš sutarties sudarymą, ir retai ją supras; ir kad jis, jei tai atsitiktų dar kartą, atsisakys nuo sutarties sudarymo ir išsivers be kredito, yra neįtikėtina. Taip pat reikia pamąstyti, kad klausimų, kokių sankcijų turėtų būti imtasi dėl pareigos suteikti informaciją pažeidimo, įstatymų leidėjas kartais visai nesureguliuoja, kartais nevisiškai, o kartais sureguliuoja labai sudėtingomis nuostatomis, ir taip pakenkiama teisiniam saugumui.

Palyginkime išsamiai *Ghestin* Nr.335 ir *Stark/Roland/Boyer*, Droit civil, Ogligations, Contrat (1989): „Il n'est pas sûr que ce fratas bureaucratique atteindra la protection tant recherchée... Quelle esprit morbide s'aventurera dans la lecture attentive d'une telle masse de documents. Ce qui est certain, c'est qu'un contentieux ne manquera pas de naître de cette accumulation de précisions en pratique inaccessibles".

28. PRIEŠTARAVIMAS ĮSTATYMAMS IR GERIEMS PAPROČIAMS

Abraham, Die Doktrin der Publik Policy, AcP 150 (1949) 385; *Bonnecase*, La notion juridique de bonnes moeurs; sa portée en droit civil farn ais, Etudes à la mémoire de Henri Capitant (1939) 91; *Celini/Wertz*, Unconscionable Contract Provisions: A History of Unenforceability from Roman Law to the UCC, Tul.L.Rev. 42 (1967) 193; *Coing*, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der guten Sitten, NJW 1948, 213; *Dwyer*, Immoral Contracts, L.Q.Rev. 93 (1977) 384; *Gordley*, Equality in Exchange, Cal.L.Rev.69 (1981) 1587; *Kötz*, Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetz-und Sittenwidrigkeit, Eine rechtsvergleichende Skizze, RabelsZ 58 (1994) 209; *D.Lloyd*, Public Policy, A Comparative Study in English and French Law (1953); *Malaurie*, L'ordre public et le contrat, Etude de Droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S. (1953); *Mayer-Maly*, Renaissance der laesio enormis? Jubiliejinis leidinys, skirtas Larenz 80-mečiui (1983) 395; *v.Mehren*, The French Doctrine of lésion in the Sale of Immovable Property, Tul.L.Rev.49 (1974) 321; *K.Simitis*, Gute Sitten und ordre public (1960); *Szladits*, Illegality of Prohibited Contracts, Comparative Aspects, atspausdinta: Twentieth Century Comparative and Con-

flicts Law – Legal Essays in Honor of Hessel E.Yntema (1961) 221; *Thommen*, Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht (1954); *Winfield*, Public Policy and the English Common Law, Harv.L.Rev. 42 (1928) 376.

I.

Nors Vakarų pasaulyje visur galioja sutarčių sudarymo laisvė, nė viena iš teisės sistemų negali atsisakyti sutarties pripažinimo niekine, jeigu sutartis prieštarauja įstatymams arba geriems papročiams, *public policy* ar yra *contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*. Taisyklės, kurios sutartį dėl minėtų priežasčių paskelbia negaliojančia, visur iš esmės yra panašios, ir visai nesvarbu, ar jos įstatymiškai fiksuotos, ar kaip nerašytos taisyklės yra bendrosios teisės sistemos pagrindas. Pagrindinė teisėjo, kuris privalo apsvarstyti atskiros bylos aplinkybes, užduotis – apgalvoti, ar šalys, formuodamos savo teisinius santykius, veikė leistinose elgesio ribose. Teismų praktika visur rūpinasi gerų papročių ar visuomenės interesų politikos *(public policy)* sąvokos išplėtimu, tam tikrų atvejų grupių išskyrimu, konkrečių atribojimo kriterijų išplėtojimu. Taip siekiama sukonkretinti šios sąvokos turinį.

Prieštaravimas įstatymams ir geriems papročiams pasaulyje visur laikomas aplinkybėmis, kurios lemia *sutarčių* negaliojimą. Todėl tiek angloamerikietiškoje teisėje, tiek ir romaniškosiose teisės sistemose šis klausimas nagrinėjamas sutarčių teisėje. Tik Vokietijoje prieštaravimas įstatymams ar geriems papročiams aiškinamas kaip aplinkybė, sukelianti ne tik sutarčių, bet ir visų kitų *sandorių* negaliojimą. Šveicarijos teisėje, kaip ir Italijos, negaliojimo pagrindai yra sutarčių teisės dalis (plg. Šveicarijos PK 19, 20 str.; Italijos CK 1343, 1346, 1418 str.), tačiau jie taikomi ir „kitiems civiliniams teisiniams santykiams" (Šveicarijos CK 7 str.) arba *per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale* (Italijos CK 1324 str.).

Prancūzijoje ir Italijoje sutarties dėl prieštaravimo įstatymui ar geriems papročiams negaliojimas susietas su *cause* ar *causa* teorija. Taip sutartinis įsipareigojimas pagal Prancūzijos CK 1131 straipsnį yra negaliojantis, jei jo pagrindas yra *une cause illicite;* pagal Prancūzijos CK 1133 straipsnį *cause illicite* yra tada, jeigu jis yra *prohibée par la loi* arba *contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*. Tas pačias nuostatas randame ir Italijos CK (plg. 1343, 1418 str.). *Cause* suprantamas ne tik kaip pagrindas, kuris daro įtaką šalies įsipareigojimo priėmimui, kurį įvykdęs, t. y. sumokėjęs mokestį ar pirkimo kainą, savo nuosavybėn jis turi įgyti žemės sklypą arba teisę į jo naudojimą. Šitame kontekste *cause* apima ir kitus ketinimus bei tikslus, kurių šalis siekia sandoriu, pavyzdžiui, jos ketinimas nusipirktame ar išsinuomotame name įrengti kazino ar viešnamį. Taip Prancūzijos teisėjas, tikrindamas sutarties galiojimą, orientuojasi į tas pačias taisykles, kaip ir Anglijos ar Vokietijos teisėjai, ir visai neaišku, kuo *cause* sąvoka tikrinant sutartį tuo aspektu yra naudinga.

Situacija tampa dar painesnė dėl to, kad Prancūzijoje sutartis pripažįstama niekine, jeigu ji neleistina dėl savo *objekto* (*object illicite*, taip pat Italijos CK 1346 str.). Jeigu kas nors už atlygį pažada atlikti įstatymui prieštaraujantį veiksmą, jo prisiimtas įsipareigojimas – taip moko *Planiol/Ripert* VI Nr. 276 – yra niekinis, nes pažadėtasis veiksmas dėl *objekto* yra draudžiamas. Kontrahento įsipareigojimas dėl atlygio mokėjimo, priešingai, „neutralus". Tačiau ir jis yra niekinis, nes jo pagrindu esantis *cause*, kuris čia suprantamas kaip atlikto darbo tikslas, yra draudžiamas. Tokie

skirtumai yra dirbtiniai. Iš esmės čia pasakoma ne kas kita, kaip tai, kad sutartis yra niekinė, jei, remiantis jos turinio vertinimu ir šalutinėmis aplinkybėmis, išplaukia tai, kad ji savo charakteriu prieštarauja minėtoms vertybėms.

Jei kalbame apie įstatymams ar geriems papročiams prieštaraujančių sutarčių negaliojimą, vadinasi, šiomis aplinkybėmis negalima motyvuoti įvykdymo reikalavimo arba reikalavimo dėl nuostolių atlyginimo. Kitas klausimas būtų, ar vykdant įstatymams ar geriems papročiams prieštaraujančią sutartį, jeigu buvo atlikti tam tikri veiksmai, šių veiksmų adresatas privalo grąžinti juos atlikusiai šaliai. Tačiau ši problema pagal lyginamąjį teisės metodą nėra vertinama kaip sutarčių teisės klausimas – taip dažnai mano bendrosios teisės doktrina, o tik kaip atskiras atvejis iš didelio problemų rato, susijusio su paslaugų, kurios buvo suteiktos be teisinio pagrindo, grąžinimo garantija; šiuo atveju – vykdant įstatymams ir geriems papročiams prieštaraujančią sutartį. Todėl apie tai išsamiau bus kalbama toliau (plg. 39 III str.).

Į klausimą, kokios sutarties sąlygos daro ją negaliojančia dėl prieštaravimo geriems papročiams ar įstatymams, ne visur atsakoma vienodai, nes čia svarbu skirtingi nacionaliniai supratimai apie papročius ir dažnai – istoriškai paveldėti kriterijai. Čia ne vieta visą šio klausimo kazuistiką išnagrinėti teisės lyginamuoju požiūriu. Todėl turime apsiriboti tokiais dalykais: pirmiausia turi būti kalbama apie sutartis, kurios prieštarauja pripažintiems seksualinės moralės ir šeimyninio gyvenimo principams. Po to turėtų būti išnagrinėti atvejai, kuriais sutartiniu susitarimu neleistinu būdu apribojama asmeninė ar ekonominė apsisprendimo laisvė. Vienu žvilgsniu permetus sutartis, kurios prieštarauja įstatyminėms nuostatoms, pabaigoje lyginamuoju principu turėtų būti pavaizduoti dar keli atskiri atvejai.

II.

Dažnai pasitaiko, kad sutartys, kurios šiandien pripažįstamos leistinomis, dar visai neseniai galėjo būti skundžiamos, reikalaujant pripažinti jas negaliojančiomis. Bendroji teisė kartu su nenutrūkstama teisės raida šį teisinių pažiūrų keitimąsi daro ypač akivaizdų. Todėl nestebina, kad būtent Anglijos teisėjai aiškiai supranta teisinių vertybių kategorijų besikeičiantį turinį: *The determination of what is contrary to the so-called 'policy of the law' necessarily varies from time to time. Many transactions are upheld now by our courts which a former generation would have avoided as contrary to the supposed policy of the law. The rule remains, but its application varies witch the principles which for the time being guide public opinion* [*Evanturel v. Evanturel* (1874) L.R. 6 P.C. 1, 29].

Pvz., Anglijoje reikalavimai, kylantys dėl lažybų, iki devynioliktojo amžiaus buvo įgyvendinami net jeigu jų objektas, žiūrint iš šiandieninio taško, labai prieštaravo geriems papročiams. Dar 1771 metais *March v. Pigot* (1771) 5 Burr.2802, 98 Eng.Rep. 171 byloje negaliojančiomis buvo pripažintos lažybos, kuriose šalys susitarė *to run their fathers each agains the other;* tai reiškė, kad lažybas turėjo laimėti tas, kurio tėvas gyveno ilgiau nei kontrahento. Tik išleidus *Gaming Acts* (Įstatymus azartiniams žaidimams rengti) lažybos tapo negaliojančiomis.

Toks keitimasis ypač akivaizdus seksualinės moralės srityje. Vokietijos teismų praktika seniau buvo tos nuomonės, kad žemės sklypo nuoma viešnamiui visuomet prieštaraujanti geriems

papročiams ir todėl esanti niekinė. Šiandien tokios nuomonės laikomasi tik tada, jeigu iš atskiro atvejo aplinkybių, pavyzdžiui, iš neįprastai didelių nuomos palūkanų išplaukia, kad nuomotojas, norėdamas pateisinti išlaidas, ekonomiškai išnaudos prostitutes (BGHZ 63, 365, 367; HR NJ 1991, 266), nors visur yra manoma, kad teismine tvarka prostitutė negali reikalauti jai pažadėto atlyginimo mokėjimo. Tačiau sutartis, kuria jai protingomis sąlygomis perleidžiamas butas, yra ir tada galiojanti, jei nuomotojas žino, kokia veikla ji užsiims bute (BGH NJW 1970, 1179). Sutartys tarp asmenų, kartu gyvenančių be santuokos, šiandien taip pat pripažįstamos galiojančiomis, net jei viena arba abi šalys yra vedę. Tai negalioja, jei sutartis turi išskirtinai atlyginti seksualinį vieno partnerio atsidavimą arba turi tikslą neleisti jam išardyti nesantuokinę bendriją. Todėl susitarimas, kuriuo vienas partneris kitam partneriui nesantuokinės bendrijos žlugimo atveju pažada sumokėti tam tikrą pinigų sumą, gali prieštarauti geriems papročiams. Toks susitarimas nebus pripažintas negaliojančiu, jeigu nustatysime, kad jo tikslas - išlyginti nuostolius, kurie šaliai atsirado, pavyzdžiui, atsisakius savo nuosavo buto arba nutraukus profesinę karjerą. Kitu atveju toks susitarimas yra niekinis, nes jis nesantuokinės bendrijos iširimą sieja su pinigine sankcija ir tuo įpareigotajam apriboja teisę, kuria jis gali visada laisvai naudotis (OLG Hamm NJW 1988, 2474).

Panašų keitimąsi galima matyti vertinant finansinę paramą, kurią vedęs vyras teikia savo mylimajai, išskyrus atvejus, kai tai atliekama dovanojimo forma, kai išlaikymo pagrindu yra pažadama gyvybės draudimo sutartis arba testamentas. Tokia parama negalioja tik tuo atveju, jeigu ji sieka *la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux ou leur rémunération* (Civ.1981.12.2, D.1982.I.R. 474 su *Martino* pastabomis); kitaip bus tuo atveju, jeigu ji remiasi dėmesio vertais argumentais, pavyzdžiui, pasibaigus ilgalaikiams santykiams siekiama užtikrinti moters būsimą išlaikymą arba išreikšti padėką už jos paramą, globą ar rūpybą (plg. Civ.1980.10.22, Bull. I. Nr. 269; BGH NJW 1984, 2150; BGE 109 II 15).

III.

Laisvos teisinės ir ūkinės sistemos principams prieštarautų situacija, jeigu galiojančiomis būtų pripažįstamos sutartys, kuriomis kažkas paklustų per dideliam savo asmeninės ar ekonominės veiksmų laisvės apribojimui. Todėl tokios sutartys yra pripažįstamos niekinėmis dėl prieštaravimo *ordre public*, *public policy* ar *guten Sitten*. Šveicarijoje šie atvejai nustatomi specialia įstatymų norma: pagal Šveicarijos CK 27 II straipsnį „niekas negali atsisakyti arba savo elgesiu apriboti laisvės“.

Palyginkime *Bucher*, Berner Kommentar I Abt. II 2 (1993) 27 str. Šveicarijos CK 92 str. bei 162 str. ir kt. Todėl negaliojantis yra sutartinis susitarimas, kuriuo paskolos gavėjas įsipareigoja be raštiško kreditoriaus sutikimo nekeisti savo gyvenamosios ar darbo vietos, imti kitas paskolas ar disponuoti savo turtu (*Horwood* v. *Millar's Timber and Trading Co.* [1917] 3 K.B.305). Negaliojančios yra ir sutartys, kuriomis autorius ar dainų kūrėjas ilgą laiką leidėjui suteikia neatšaukiamas teises skelbti jo visą literatūrinę ar muzikinę produkciją (BGHZ 22, 347; *Schroeder Music Publishing Co. v. Macaulay* [1974] 3 All E.R. 616 (C.A.); BGE 104 II 108).

Didesnio ekonominio judėjimo laisvės apribojimo pasiekiama atvejais, kai asmenys, užsiimantys degalinių ar restoranų verslu, daugeliui metų ar net dešimtmečių įsipareigoja pirkti

degalus ar gėrimus išimtinai tik iš tam tikros naftos ar alaus daryklos įmonės. Šios įmonės yra suinteresuotos ilgalaikėmis sutartimis, nes jos nuolat investuoja į savo kontrahento kapitalą ir todėl palūkanų gali tikėtis tik tada, jei sutartis ilgesnį laiką nebus nutraukta. Jeigu ir šiuo atveju ilgesnis susisaistymo terminas būtų pripažįstamas neleistinu, mažesniu turtu aprūpintiems degalinių stacionarams ir restoranų savininkams taip nebūtų daroma paslauga, nes sumažėtų jų sutarties partnerių interesas įmonės inventoriaus perleidimui ar paskolos suteikimui. Lordų Rūmai pritarė, kad degalinių sutarties galiojimo terminas – 5 metai, o 21 metų terminą pripažino per ilgu (*Esse Petroleum Co.Ltd.* v. *Harpers Garage Ltd.* [1968] A.C. 269); Vokietijos Aukščiausiasis Teismas 5 metus pripažįsta leistinu ir pritartų ilgesnei laiko trukmei (plg. BGHZ 52, 171). Vokietijos teismų praktika 20 metų terminą alaus tiekimo sutartyse pripažįsta kraštutine riba ir, beje, orientuojasi į tai, ar susisaistymas apima visą gėrimų asortimentą, ar tik jo dalį, ar susitarta dėl minimalaus tiekimo kiekio, ir koks yra alaus daryklos kapitalo panaudojimas.

Palyginkime BGH NJW 1972, 1459; BGH NJW 1979, 865; panašiai BGE 114 II 159; OGH JBl. 1992, 517. Prancūzijos teismų praktika šiais atvejais eina kitu keliu. Prancūzijos CK 1591 straipsnis nustato, kad pirkimo kaina turi būti „būtinai"; tą pačią mintį randame Pancūzijos CK 1129 straipsnyje, kuriame rašoma, kad galiojantis sutartinis susitarimas turi remtis *chose déterminée*. Teismai vadovaujasi tuo, kad jei ilgalaikėje sutartyje, kaip ir jau aptartose sutartyse, yra numatytas kainų keitimasis, ji nesuderinama su minėtomis taisyklėmis ir todėl yra negaliojanti, jeigu šios kainos dydis priklauso tik nuo vienos šalies valios, o kitos šalies padėtis priklauso nuo sėkmės ar nesėkmės. Todėl negaliojanti yra sutartis, kai tiekėjas patiektiems degalams ar gėrimams apskaičiuoti išsidera „atitinkamai galiojančią bruto kainą kainoraštyje" (Com. 1982.1.25), Bull.IV.Nr. 26; Com.1982.10.5, Bull. IV Nr. 298; plg. taip pat *Chestin* Nr.525 ir kt.; *Frison-Roche* Rev.trim.civ. 91 [1992] 269, 288 ir kt.). Šis požiūris atrodo mažai įtikinamas. Jei minėtoje rinkoje vyrauja aštri konkurencija, tai nereiktų rūpintis dėl to, kad tiekėjas savo klientus išnaudoja nustatydamas aukštas bruto kainas kainoraštyje. Priešingai, lemiama turėtų būti tai, ar pagal esančias aplinkybes klientas iš tiesų paliktas tiekėjo savivalei ir neleistinai apribota jo ekonominės apyvartos laisvė. Šia linkme eina ir naujesnė kasacinio teismo teismų praktika, plg. Civ. 1994.11.29, J.C.P. 1995. II. 22371 su *Ghestino* pastabomis.

Dėl neleistino ekonominės veiksmų laisvės apribojimo niekiniu gali būti pripažintas susitarimas, kuriuo darbuotojas, pasibaigus darbo santykiams, įsipareigoja nekonkuruoti su darbdaviu. Panašius įsipareigojimus bendrijų sutartyse perima bendrijos nariai tuo atveju, jei jie pasitraukia iš bendrijos. Ir čia kalbama apie interesų konflikto sprendimą: viena vertus, konkurencijos draudimas turi užkirsti kelią pasitraukiančiajam darbuotojui ar bendrijos nariui pereiti dirbti į konkuruojančią firmą ar įkurti savo įmonę ir čia savo naudai pajungti klientų kontaktus bei specialias žinias, kurių jis įgijo remdamasis savo ligšioline veikla. Kita vertus, konkurencijos draudimas gali sutrukdyti panaudoti pasitraukusio darbuotojo ar bendrijos nario darbo jėgą, labai dažnai savo vienintelį šaltinį. Šios problemos sprendimas slypi tame, kad konkurencijos draudimas pripažįstamas leistinu, jeigu jis protingai apribotas apimtimi, laiko trukme ar teritorija, o pasitraukusiajam numatoma kompensacija pinigais.

Daugelyje šalių leistinos konkurencijos draudimo ribos *darbuotojams* ir *prekybos atstovams* yra nustatytos įstatyminėmis nuostatomis; palyginkime Prekybos kodekso 74 str. ir kt., 90a str.; Švei-

carijos PK 340 str. ir kt., 418d str.; Italijos CK 1751–2125 str. Kitose šalyse teismų praktika išplėtojo panašias taisykles; palyginkime *Treitel* 403 str. ir kt.; *Ripert/Roblot*, Traide de droit commercial 1 (1989) Nr. 476. Jos turi ypatingą praktinę reikšmę tais atvejais, kai advokatai, auditoriai ar inžinieriai konsultantai pakluso konkurencijos draudimui ir pasitraukė iš firmos, kuriai jie iki šiol priklausė kaip kompanijonai ar bendrijos nariai. Palyginkime *Bridge* v. *Deacons* [1984] A.C. 705 (P.C.); BGH NJW 1986, 2944; Soc.1986.6.12, D.S. 1987 Somm. 264 su *Serra* (advokatai) pastabomis; BGHZ 91, 1 ir BGH NJW 1968, 1717 (auditorius); Paris 1980.2.7,.C.P. 1981.II.19669 su *Edwardso* (inžinierius konsultantas) pastabomis. Ta pati problema iškyla ir tais atvejais, kai įmonės pardavėjas įsipareigoja nekonkuruoti su pirkėju. Palyginkime iš teismų praktikos: *Nordenfelt* v. *Maxim Nordenfelt* [1894] A.C. 535; BGH NJW 1979, 1605; Com. 1981.1.19, D.S. 1982 I.R. 204 su *Serra* pastabomis.

Daugeliui čia nagrinėtų atvejų būdinga tai, kad sutartiniai konkurencijos draudimo susitarimai peržengia leistiną normą, taigi apimtimi, trukme ar teritorija siekia toliau nei leidžiama. Šiuo atveju keliamas klausimas, ar konkurencijos draudimas savo leistina esme gali būti sumažintas arba ar jis tada negalioja visas. *Mason v. Provident Clothing & Supple Co. Ltd.* [1913] A.C. 724 byloje atsakovas įsipareigojo 3 metus nutraukus darbo santykius su ieškove nekonkuruoti *within 25 miles of London*. Lordas Moultonas šį konkurencijos draudimo spindulį laikė per dideliu. Kadangi atsakovas savo konkurencinę veiklą pradėjo tame pačiame Londono rajone, kuriame iki šiol dirbo ieškovei, buvo panaudotas argumentas, kad draudimo apimtis turėtų būti sumažinta ir tik po to patenkintas negatorinis ieškinys. Lordų Rūmai nieko nenorėjo apie tai žinoti:

It would in my opinion be pesiimi exempli if, when an employer had exacted a covenant deliberately framed in unreasonably wide terms, the Courts were to come to his assistance and, by applying their ingenuity and knowledge of the law, carve out of this void covenant the maximum of what he might validly have required ...The hardship imposed by the exaction of unreasonable covenants by employers would be greatly increased if they could continue the practice with the expectation that, having exposed the servant to the anxiety and expense of litigation, the Court would in the end enable them to obtain everything which they could have obtained by acting reasonably (ten pat, 754 ir kt.). Taip pat identišku motyvu – BHG NJW 1986, 2944.

Tiesa, ir čia randame daug spendimų, kuriuose teismai užėmė kitą poziciją. Vokietijos Aukščiausiasis Teismas 16 metų nenutraukė alaus tiekimo sutarties, kurią restorano savininkas su alaus darykla sudarė 24 metams ir todėl buvo teigiama, kad ji prieštaravo geriems papročiams. Restorano savininkui, kuris sutarties nenorėjo vykdyti jau po 10 metų, buvo priteista sumokėti sutartinius 15 procentų delspinigių, kurių dydis skaičiuojamas nuo sumos, kurią per likusius 6 metus gaus alaus pardavėjas (BGH NJW 1974, 2089; plg. ir BGE 114 II 159). Ir Anglijos teismų praktikoje randame sprendimų, kuriuose teismai, pagrįsdami konkurencijos draudimą, rėmėsi tokio draudimo leistinumu (pvz., *Goldsoll v. Goldman* [1915] 1 Ch. 292). Ir Prancūzijoje: jei darbuotojas nutraukus darbo santykius įsipareigoja 10 metų (taigi per ilgam laikui) nedirbti jokiam įmonininkui toje pačioje šakoje, savo ligšioliniam darbdaviui jis turi atlyginti žalą, jei darbo santykių nutraukimo dieną pradėjo dirbti pas konkurentą tame pačiame mieste, nes *une clause de non-concurrence... ne doit être annulée que dans*

la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé (Soc. 1960.10.21, J.C.P. 1960. II. 11886).

IV.

Moderniose teisės sistemose vis dažniau randame įstatyminių nuostatų, kuriomis siekiama įgyvendinti ekonominius ar socialinius politinius tikslus, todėl draudžiamas tam tikras elgesys arba jo galimumas priklauso nuo oficialios įstaigos leidimo buvimo. Tokiose nuostatose tam, kuris pažeidžia draudimą, grasinama bauda ar kokia kita sankcija. Tačiau labai dažnai įstatymų leidėjas nutyli, ar sutartis, kurios sudarymas ar vykdymas vienai ar abiem šalims reiškia prieštaravimą įstatymui, yra niekinė.

Žinoma, įstatymą pažeidžia tas, kuris savo automobiliu veža baldus ir jį neteisėtai perkrauna. Tačiau abejojama, ar niekinė bus sutartis, kuria jis pažada pervežti baldus už atlygį. Jei į šį klausimą atsakoma teigiamai, pervežėjas iš užsakovo negalėtų reikalauti sumokėti susitartą atlygį; pervežėjas taip pat nebūtų įpareigotas *ex contractu* atlyginti žalą, jeigu jis užsakymo neįvykdytų ar jį įvykdytų uždelsdamas arba baldus nerūpestingai saugotų ir todėl juos sugadintų.

Jei įstatyminis draudimas nukreiptas prieš abi šalis, ir abi šalys, sudarydamos sutartį, pažeidė draudimą, atsižvelgus į tai turėtų būti padaryta išvada, kad sutartis yra negaliojanti. Taip yra Vokietijos įstatyme dėl kovos su nelegaliu darbu: įstatymas grasina bauda tam, kuris, neįrašytas į amatų rūmų sąrašą, vis dėlto kaip savarankiškas įmonininkas sudaro sutartis dėl verslo paslaugų; įstatymas nubaudžia ir tą, kuris tokiam „nelegaliam darbuotojui" duoda užsakymą ir taip gauna didelės ekonominės naudos. Todėl sutartis yra niekinė, jeigu abi šalys veikė žinodamos reikalo esmę ir todėl sąmoningai nusižengė įstatymui (BGHZ 85, 39). Sutartis gali būti niekinė ir tada, jeigu abi šalys nusižengė įstatymui, tačiau tik viena šalis žinojo apie nusižengimą. Taip buvo *Re Mahmould and Ispahani* [1921] 2 K.B. 716 (C.A.) byloje: įstatymas nustatė, kad sudarant pirkimo ir pardavimo sutartis dėl tam tikrų prekių, kurių dėl karo trūko, jos yra niekinės, jeigu tiek pirkėjui, tiek ir pardavėjui reikėjo oficialaus leidimo, o pirkėjas apgavo pardavėją, kad jis tokį leidimą turi. Nors pardavėjas buvo sąžiningas, sutartis buvo pripažinta negaliojančia. Todėl pardavėjas negalėjo reikalauti atlyginti nuostolių; savaime suprantama, kitas klausimas būtų, ar jis negalėjo reikalauti atlyginti nuostolių dėl neteisėtų veiksmų (remdamasis *fraud* arba *deceit*).

Labai dažnai atsitinka, kad įstatymas tik vienai šaliai draudžia sudaryti tam tikras sutartis. Ar tokiu atveju sutartis yra galiojanti, priklauso nuo to, ar „tokios sutarties sąlygos yra suderintos su draudžiamųjų įstatymų prasme ir tikslais" (BGHZ 78, 263, 265) Tokios pat nuomonės laikosi ir Anglijos teisėjas *Kerras:*

Where a statute merely prohibits one party from entering into a contract.....it does not follow that the contract itself is impliedly prohibited so as to render it illegal and void. Whether or not the statute has this effect depends on considerations of public policy in the light of the mischief which the statute is designed to prevent, its language, scope and purpose, the consequences for the innocent party, and any other relevant consideration. (*Phoenix General Insurance Co. of Greece v. Administratia Asigurarilor de Stat* [1987] 2 All E.R. 152, 176).

Gana aiškūs yra atvejai, kuriuose įstatymas uždraudė vienai šaliai sudaryti sutartį, nes norėjo apsaugoti kitą šalį: tokia sutartis paprastai yra niekinė.

Palyginkime, pvz., BGHZ 71, 358; BGH NJW 1979, 2029; Com. 1991.11.19 su *Mestre* pastabomis Rev.trim.civ. 91 (1992) 381; Civ.1982.10.13, Bull.I Nr. 286. Tačiau ir čia viskas priklauso nuo aplinkybių: *Shaw* v. *Groom* [1970] 2 Q.B. 504 (C.A.) byloje buvo patenkintas gyvenamųjų patalpų nuomotojo ieškinys priteisti nesumokėtą nuomą, nors nuomotojas, pažeisdamas įstatymais saugomą nuomininko interesą, neišdavė *rent book* (nuompinigių mokėjimo registracijos knygos) ir taip nuslėpė tam tikrą informaciją.

Kasacinis teismas turėjo nuspręsti, ar teismo antstolis, kuris, prieštaraudamas įstatyminiam draudimui, savo sąskaita dirbo makleriu, gali reikalauti, kad iš užsakovo būtų priteisti komisiniai. Viena vertus, būtų galima pasakyti, kad įstatymas nori atbaidyti teismo antstolius nuo sandorių savo sąskaita ir tam būtų naudinga, jei reikalavimai dėl atlygio būtų nepripažinti. Kita vertus, reikia paklausti, ar įstatymo tikslo nepasiekiama jau drausminėmis nuobaudomis, kurios gresia teismų antstoliams. Atkreiptinas dėmesys, kad tais atvejais, kai paskirta drausminė nuobauda realiai atitinka teismo antstolio nusižengimo sunkumą, galima teigti, jog nauda, kurią antstolis gavo atlikdamas antiįstatyminį veiksmą, praktiškai yra anuliuojama. Jei darytume prielaidą, kad pirmiausia įstatymas užtikrina teismo antstolių *dignité professionelle*, o ne nori apsaugoti sutarties šalis, kurios nepelnytai praturtėtų, jeigu šioms nereikėtų mokėti tarpininkavimo mokesčių, tampa aišku, kodėl kasacinis teismas tokią sutartį pripažino galiojančia ir patenkino teismo antstolio ieškinį.

Civ. 1961.2.15, Bull. I. Nr.105; Civ. 1968.10.21, 81. Palyginkime toliau BGHZ 78, 263 (mokesčių konsultantas gali reikalauti priteisti maklerio komisinius, nors jam draudžiama atlikti maklerio sandorius); Com. 1976.5.11, J.C.P. 1976.02.18 452 (ekspeditorius pagal sutartį įgyja įkeitimo teisę į užsakovo prekes, nors neturi savo profesijai reikiamo leidimo); *St. John Shipping Corp.* v. *Joseph Rank Ltd.* [1957] 1 Q.B. 267 (laivo savininkas gali reikalauti priteisti už krovinį, nors jo kapitonas neteisėtai perkrovė laivą).

29. RIMTUMO POŽYMIS

Atiyah, Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement (1971); *Becker*, Gegenopfer und Opferverwehrung (1958); *Boyer*, Promissory Estoppel: Principles from Precedents, Mich.L.Rev. 50 (1952) 639, 873; *to paties autoriaus*, Promissory Estoppel: Requirements and Limitations of the Doctrine, U.Pa.L.Rev. 98 (1950) 459; *Capitant*, De la cause des obligations (1927); *Chloros*, The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract, Int.Comp.L.Q.17 (1968) 137; *David*, Cause et consideration, Mélanges Maury II (1960) 111; *Dawson*, Gifts and Promises, Continental and American Law Compared (1980); *Denning*, Recent Developments in the Doctrine of Consideration, Mod.L.Rev. 15 (1952) 1; *Eisenberg*, Donative Promises, U.Chi.L.Rev.47 (1979); *to paties autoriaus*, The Bargain Principle and Its Limits, Cal.L.Rev.95 (1982) 323; *Fuller*, Consideration and Form, Col.L.Rev.41 (1941) 799; *Gilmore*, The Death of Contract (1974); *Gorla*, Il Contratto, I tomas (1957) 327 ir kt.; *Gordon*, A Dialogue about the Doctrine of Consideration, Cornell L.Rev. 75 (1990) 1987;

Hamson, The Reform of Consideration, L.Q.Rev. 54 (1938) 233; *Henderson*, Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine, Yale L.J. 78 (1969) 343; *E. v. Hippel*, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht (1963); *Kessler*, Einige Betrachtungen zur Lehre von der consideration, jubiliejinis leidinys, Rabel I (1954) 251; *to paties autoriaus*, Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung, jubiliejinis leidinys, *v. Caemmerer* (1978) 873; *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag (1981) 65 ir kt.; *Kühne*, Der Vertauensgedanke im Schuldvertragsrecht, RabelsZ 36 (1972) 275; *Llewellyn*, Common Law Reform of Consideration, Col.L.Rev.41 (1941) 863; *Lorenz*, Entgeltliche und unentgeltliche Geschäfte, Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und des anglo-amerikanischen Rechts, jubiliejinis leidinys, skirtas Maxui Rheinsteinui II (1969) 547; *Lorenzen*, Causa and Consideration in the Law of Contracts, Yale L..28 (1919) 621; *Markesinis*, Cause and Consideration: A Study in Parallel, Camb.L.J. 1978, 53; *to paties autoriaus*, La notion de consideration dans la common law, Rev.int.dr.comp. 35 (1983) 735; *Mason*, the Utility of Consideration – A Comparative View, Col.L.Rev. 41 (1941) 825; *Newman*, The Doctrine of Cause or Consideration in the Civil Law, Can.B.Rev. 30 (1952) 662; *Patterson*. An Apology for Consideration, Col.L.Rev. 58 (1958) 939; *Pound*, Promise or Bargain, Tul.L.Rev. 33 (1959) 455; *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im angloamerikanischen Recht (1932) 55 ir kt.; *Seavey*, Reliance on Gratuitous Promises, Harv.L.Rev. 64 (1951) 913; *von Mehren*, Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis, Harv.L.Rev. 72 (1959) 1009; *Wright*, Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law? Harv.L.Rev. 49 (1936) 1225.

I.

Kiekviena teisės sistema kelia klausimą, ar paprasto dviejų šalių susitarimo užtenka tobulai sutarčiai sudaryti, ar ji turi reikalauti ypatingų požymių, kad skirtų teisiškai įgyvendinamus sandorius nuo tokių, kurie nenusipelno teisinės apsaugos. Niekur neabejojama tuo, kad teisiškai įgyvendinamų reikalavimų nekyla tuo atveju, jei kas nors daro pareiškimą vien visuomeniškai arba familiariai. Jei kas nors kviečiamas vakarienei (visur mielai naudojamas mokyklinio vadovėlio pavyzdys) ir susitartu laiku jau stovi prie durų, jis negali namų šeimininkui pareikšti ieškinio dėl taksi išlaidų atlyginimo. Arba jei tėvas sūnui už žolės nupjovimą pažadėjo pinigų, bet jų nesumoka, šis taip pat negali pareikšti tėvui ieškinio dėl sumokėjimo, o gali tik reaguoti: nebemylėti, atsisakymu kartu valgyti ar mokykloje mokytis blogais pažymiais.

Labai paplitusi nuomonė, kad teisiškai privalomas pasižadėjimas paprastai duodamas už atlygį. Tačiau jei kas nors ką nors pažada, nors pasižadėjimo gavėjas savo ruožtu ko nors neatiduoda ar nežada atiduoti, teisininkui tuoj kyla klausimas, ar tokio nesavanaudiško sandorio iš tiesų rimtai norėta ir ar viskas taip rūpestingai apgalvota, kad sandorį būtų galima pripažinti kaip teisiškai privalomą.

Kontinentinės teisės sistemose šis klausimas ypač keliamas pasižadėjimuose dėl turto dovanojimo, taigi ten, kur kas nors pažada kitam sumokėti pinigų sumą, perleisti teisę ar paskirti šiaip ką nors „iš savo turto". Jeigu ryšium su tuo jis neišsideri jokio priešpriešinio patenkinimo, iš karto kyla klausimas, kad jis sprendimą priėmė iš neapgalvoto dosnumo, pernelyg spontaniško paslaugumo, neapgalvotumo arba vien todėl, kad kitas jam tuščiai žadėjo ar „liejo krokodilo ašaras". Todėl rimtumo požiūriu būtina patikrinti pažado davėjo valios turinį, ir tai pasireiškia tuo, kad tokio pasižadėjimo galiojimui reikia notarinio patvirtinimo.

Iš Prancūzijos civilinio kodekso 931 straipsnio išplaukia, kad notarinės formos reikia ne tik pasižadėjimams dėl turto dovanojimo, bet ir visoms kitoms dovanojimo sutartims *(tous actes portant donation entre vifs)*. Tačiau yra pripažinta, kad *don manuel*, taigi iš karto įvykdoma „dovanojimo sutartis", galioja ir nesilaikant notarinės formos. Tai akivaizdu. Tas, kuris nežada atlikti kokio nors veiksmo, o iš tiesų jį atlieka, apdovanojamajam sumokėdamas pinigų sumą arba perduodamas dovaną, paprastai supranta savo veiksmų reikšmę; todėl šiuo atveju nėra jokio poreikio specialiai tikrinti šių veiksmų rimtumo. Todėl daugelyje šalių formos reikalavimas galioja tik pasižadėjimams dėl turto dovanojimo (plg., pvz., Vokietijos CK 516, 518 str.; Šveicarijos PK 242 str. ir kt.); tiesa, Vokietijos ir Šveicarijos teisė skiriasi tuo, kad pasižadėjimams dėl turto dovanojimo notarinės formos reikia: Vokietijoje – kiekvienu atveju, o Šveicarijoje – jei kalbama apie žemės sklypą; kitais atvejais užtenka rašytinės formos. Italijos civilinis kodeksas yra kiek griežtesnis: pagal 782, 783 straipsnius laisvos formos dovanojimo sutartys galioja tik tada, jeigu jos taikomos kilnojamiems daiktams, kurių vertė nedidelė.

II.

Anglijos ir Jungtinių Valstijų bendroji teisė pasižadėjimą atlikti tam tikrus veiksmus pripažįsta rimtu tik tada, jeigu jis daromas atsižvelgiant į pasižadėjimo gavėjo atsakomąją auką, t.y. prieš *consideration* (priešpriešinį patenkinimą). Jei tokios aukos nėra, pasižadėjimas negali būti apgintas teismine tvarka, yra *unenforceable*. Tačiau jis nėra negaliojantis. Taigi jeigu pasižadėjimo davėjas savo pažadą išpildo – žadėtą daiktą (laikydamasis numatytos formos) perduoda pasižadėjimo gavėjui, jis negali reikalauti restitucijos. Kitaip tariant, pasižadėjimas atlikti tam tikrus veiksmus galėtų būti neįgyvendinamas, tačiau jei pasižadėjimo davėjas jį išpildo, daroma prielaida, kuri gavėjui suteikia teisę perduotą turtą pasilikti sau. Vokietijos teisė tą patį rezultatą pasiekia panaudodama menišką fikciją: jei pasižadėjimas dėl turto dovanojimo nėra notariškai patvirtintas, „formos trūkumas... kompensuojamas pažadėtų veiksmų įvykdymu" (Vokietijos CK 518 II str., Šveicarijos PK 243 III str.).

Pasižadėjimas išimties tvarka įgyvendinamas ir be priešpriešinio patenkinimo, jeigu jis duodamas speciala forma. Seniau ši forma reiškė, kad pasižadėjimas turėjo būti atitinkamai „patvirtintas antspaudu". Jo vietoje šiandien egzistuoja *deed*, taigi pareiškėjo pasirašytas dokumentas, kuriame liudytojas raštu patvirtina jo, kaip pareiškėjo, parašą.

Jungtinėse Valstijose daugelyje valstijų panaikinta speciali pareiškimo forma *under seal* (patvirtinta antspaudu). Įstatymu nustatyta, kad nesant priešpriešinio patenkinimo sutartis negalioja ir „patvirtinta antspaudu"; kitos valstijos numatė, kad „antspaudavimas" arba raštiškas sutarties sudarymas pagrindžia vien tik prielaidą priešpriešinio patenkinimo egzistavimui.

Anglijos ir Jungtinių Valstijų vystymosi eigoje priešpriešinio patenkinimo sąvoka tapo sudėtingu ir daugiasluoksniu kūriniu. Tačiau pagrindinė mintis yra aiški. Pasižadėjimo pagrindas yra *consideration* (priešpriešinis patenkinimas), jeigu jį dėl pageidaujamo priešpriešinio veiksmo gauna pasižadėjimo davėjas. Šis priešpriešinis patenkinimas savo ruožtu gali būti ir pasižadėjimas. Tai būna, pvz., tais atvejais, jeigu pirkėjo pasižadėjimui dėl pirkimo kainos mokėjimo priešpriešinamas pardavėjo pasižadėjimas dėl pirkimo ir pardavimo objekto tiekimo. Tačiau priešpriešinis patenkinimas gali slypėti ir realiuose veiksmuose, jeigu tokių veiksmų

siekė pasižadėjimo davėjas, ir todėl tuo atveju, jeigu taip įvyktų, nori, kad jam būtų atlyginta. Tai būna, pvz., tais atvejais, jei kažkas paskiria apdovanojimą tam, kuris atves paspruktusį šunį, nors šiuo atveju niekas neįsipareigojo šuns ieškoti. Tačiau jeigu kas nors šunį randa ir atveda, šiuo atveju kalbėsime apie paslaugą, kuri buvo atlygintino pažado tikslas. *Consideration* (priešpriešinio patenkinimo) reikalavimas visuomet įvykdomas tada, jeigu pasižadėjimas yra lygiavertis kainai, kurią pasižadėjimo davėjas paskyrė už tam tikro veiksmo atlikimą, ir jeigu pasižadėjimo gavėjas, kad užsitarnautų šią kainą, šį priešpriešinį veiksmą įvykdo. Todėl 1981 metų *Restatement Contracts 2d* 71 straipsnyje apibrėžia:

To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.

Jei trūksta priešpriešinio patenkinimo, pasižadėjimas yra neįgyvendinamas. Jis galėtų būti gerai apgalvotas, pagrįstas pagirtinais motyvais ar moralinėmis paskatomis, kurios darytų įtaką duoto žodžio laikymuisi. Bendroji teisė reikalauja daugiau. Ji reikalauja, kad šalys viena su kita būtų sudariusios sandorį *(bargain)* ir kad pasižadėjimas, apie kurio įvykdymą kalbama, reikštų tokio sandorio dalį: *An Englishman is liable, not because he has made a promise, but because he has made a bargain* (*Cheshire/Fifoot [-Furmston] 28*).

Pernelyg pažodžiui *bargain* (sandorio) minties nereiktų suprasti, nes joje slypi supratimas, kad veiksmas ir priešpriešinis veiksmas yra gana lygiaverčiai ar šalių laikomi gana lygiaverčiais. Būtent to *consideration* (priešpriešinio patenkinimo) doktrina nereikalauja. Priešingai, pasižadėjimas yra galiojantis ir tada, kai priešpriešinio patenkinimo vertė yra mažareikšmė, *inadequate*, *nominal* ar verta vien *peppercorn* (pipiro grūdelio). Svarbiausia, ar šalys aiškiai išreiškė rimtą norą sudaryti sandorį. Tai yra ne tik tuo atveju, jeigu jos sudarė tikrą *bargain* (sandorį), bet ir tada, kai jos savo sandorį sąmoningai įvilko vien į išorinę sandorio formą.

Ir kitais atvejais į priešpriešinio patenkinimo reikalavimą atsakoma teigiamai, nors apie tikrą *bargain* (sandorį) kalbėti sunku, nes užtenka to, kad pasižadėjimo gavėjas prisiėmė sau kokį nors nuostolį, nors tas nuostolis būtų ir mažareikšmis. Ieškodami tokio nuostolio Anglijos teisėjai parodė nemažą intuiciją. Kaip, pvz., *Ward v. Byham* [1956] 2 All E.R. 318 (C.A.) byloje:

Ponas Byhamas ir ponia Ward kelerius metus gyvenę nesusituokę, susitarė, kad iš tarpusavio ryšio gimusi duktė turinti likti su motina. Jis pažadėjo kas savaitę mokėti po 1 svarą, kad vaikas *be well looked after and happy.* Kai ponia Ward ištekėjo už kito vyro, vaiko tėvas nustojo mokėti. Jis pranešė, kad trūkstant *consideration* (priešpriešinio patenkinimo) jo pasižadėjimas mokėti yra niekinis, nes pagal Anglijos teisės normas, reguliuojančias materialinės pagalbos teikimą, motina ir taip yra įsipareigojusi išlaikyti nesantuokoje gimusį vaiką. Šis argumentas buvo atmestas: Lordas Denningas jį atmetė pagrįsdamas tuo, kad ir įstatymu numatytos pareigos įvykdymas yra *sufficient consideration* (pakankamai pagrįstas priešpriešinis patenkinimas). Tai, žinoma, prieštarauja bendrosioms nuostatoms. Kiti du teisėjai atkreipė dėmesį į tai, kad motina yra įsipareigojusi ne tik išlaikyti vaiką, bet ir jį gerai prižiūrėti bei padaryti laimingą. Palyginkime taip pat *Williams v. Wiliams* [1956] All E.R. 305 9C.A.): šiuo atveju vyras žadėjo savo žmonai mokėti alimentus, kurių jis neprivalėjo mokėti, nes ši jį be priežasties paliko. Ir šis pasižadėjimas buvo pripažintas įgyvendinamu. Priešpriešinis patenkinimas, dėl kurio buvo duotas šis pasižadėjimas, slypi tame, kad žmona

buvo įsipareigojusi gyventi skaistų gyvenimą, neprisiimti vyrą įpareigojančių skolų ir nepareikšti prieš jį jokio ieškinio dėl alimentų išieškojimo.

Norėdami išvengti neteisėtų priešpriešnio patenkinimo doktrinos padarinių, Jungtinių Valstijų teismai išplėtojo teoriją apie *promissory estoppel* (galimybės užkirtimą pasižadėjimą davusiam asmeniui ginčyti savo atsakomybę už žalingus padarinius kitam asmeniui, kuriam buvo duotas pasižadėjimas, kai žalingi padariniai atsirado dėl to, kad kitas asmuo pagrįstai tikėjosi, jog pasižadėjimas bus įvykdytas). Vieną šių atvejų sudaro vadinamosios *subscription cases* (akcijų pasirašymo bylos): čia kalbama apie pasižadėjimo dėl tam tikros sumos sumokėjimo įgyvendinimą, kuriuo kažkas sutiko duoti piniginę auką visuomenės naudingiems ir labdaringiems tikslams. Pagal priešpriešinio patenkinimo doktriną toks pasižadėjimas, jeigu jis nėra *under seal* (patvirtintas antspaudu) arba duotas specialia *deed* forma, valstybės prievarta gali būti įgyvendinamas tik tada, jeigu pasižadėjimo gavėjas pažadėjo priešpriešinį veiksmą arba jį atliko. Pavyzdžiui, aukotojui užtikrino iš jo paaukotų pinigų statomoje koplyčioje jo garbei pastatyti atminimo akmenį arba po jo mirties kiekvienais metais laikyti mišias. Jei tokio priešpriešinio patenkinimo nėra, sutikimas aukoti yra neskundžiamas ir tuo atveju, jeigu pasižadėjimo gavėjas, pasitikėdamas duotuoju pažadu, jau pradėjo atlikti tam tikrus veiksmus, pvz., koplyčios statybą. Priešpriešinio patenkinimo doktrina panašių nepatenkinamų rezultatų gali pasiekti ir kitais atvejais, pvz., *Devecmon* v. *Shaw* 69 Md. 199, 14 A. 464 (1888) byloje:

> Dėdė pažadėjo savo sūnėnui: jis vienerius metus finansuos jo studijas, jeigu sūnėnas, kad taptų europietiškas, sutiktų studijuoti Paryžiuje. Sūnėnas, nors ir ne vargšas, pasitikėjo šiuo pažadu ir vienerius metus studijavo Paryžiuje. Grįžęs pareikalavo, kad dėdė atlygintų jo turėtas išlaidas.

Ir šiuo atveju dėdės pasižadėjimas, trūkstant priešpriešinio patenkinimo, valstybės prievarta yra neįgyvendinamas, o rezultatas, šiaip ar taip, bus pripažintas neteisėtu, jeigu dėdė suprato ar kaip protingas žmogus turėjo suprasti, kad sūnėnas patikės jo pažadu ir savo pinigus išleis kelionei į Paryžių. Todėl Jungtinių Valstijų teismų praktika uždraudė atsakovui remtis priešpriešinio patenkinimo nebuvimu, jeigu ieškovas, pasitikėdamas pažado galiojimu, pakeitė savo padėtį, o atsakovas, duodamas savo pasižadėjimą, šią reakciją galėjo numatyti. 1980 metų *Restatement Contracts 2d* 90 straipsnis šią mintį įgyvendina specialioje normoje:

> Pažadas, apie kurį pažado davėjas privalo protingai nuspėti, kad jis gavėjui ar trečiajam asmeniui sukels veiksmą ar susilaikymą nuo tam tikrų veiksmų, yra privalomas (nors ir trūkstant priešpriešinio patenkinimo), jeigu toks veiksmas iš tiesų atliekamas arba nuo jo susilaikoma, o neteisingumo gali būti išvengta tik esant galimybei duotą pažadą skųsti teismine tvarka. Reikalavimai, kurie dėl [tokio pasižadėjimo] nesilaikymo yra pripažįstami, yra apribojami taip, kaip to reikalauja teisingumas.

Žinoma, teorijoje apie *promissory estoppel* paantraštėje yra svarbus pataisymas. Tačiau ši teorija bendrąja forma iki šių dienų galėjo būti įgyvendinta tik Jungtinėse Valstijose, o ne Anglijoje, ir ji negali nukrypti nuo to, kad priešpriešinio patenkinimo doktrina ir daugeliu kitų atvejų duos rezultatus, kuriuos kontinentinės teisės teisininkas suvoks kaip netikėtus, keistus arba visai atvirai nepriimtinus.

Tai negalioja, jei kalbama apie pasižadėjimus dovanoti turtą *(gift promises)*, taigi apie atvejus, kai kažkas neatlyginamai pažada kitam sumokėti pinigų sumą arba perduoti daiktą nuosavybėn ar perleisti kitą teisę. Kad tokių pasižadėjimų galiojimui reikia specialios formos (galėtų būti kalbama apie notarinį dokumentą, rašytinį pareiškimą arba *deed*), dėl tam tikrų svarbių priežasčių visur yra pripažįstama. Tačiau priešpriešinio patenkinimo doktrina apima ne vien pasižadėjimus dovanoti turtą, bet tiesiog *visus* neatlygintino pobūdžio pasižadėjimus, ir tokius, kuriais kažkas kitam įsipareigoja suteikti informaciją, saugoti jo daiktus arba juos pervežti, parūpinti kitą sandorį arba naudojimui perleisti namą, butą arba automobilį. Kontinentinės teisės sistemose niekas neabejoja, kad šiais atvejais sutartis gali galioti ir nesilaikant specialių formos reikalavimų. Ši išvada dažnai gali būti daroma netiesiogiai iš specialiųjų normų, pvz., esant panaudos sutarčiai ir užsakymui (plg., pvz., Vokietijos CK 598, 662 str., 1986 metų Prancūzijos CK 1875 str. ir kt.). Bendrojoje teisėje, priešingai, visų šių sutartinių pasižadėjimų įgyvendinimas nėra užtikrintas valstybės prievarta, nebent jie buvo pateikti nustatyta forma. Vadinasi, kas neatlygintinai saugo kito asmens daiktus arba juos perveža ar neatlygintinai duoda patarimą, atsako jam ne *ex contractu*, bet visais atvejais *ex delicto*, jeigu jis daiktus sugadino arba davė blogą patarimą, ir dėl to buvo padaryta žalos.

Netikėtų rezultatų priešpriešinio patenkinimo doktrina pirmiausia atneša tada, kai tam tikram pasižadėjimui trūksta priešpriešinio patenkinimo dėl to, kad priešpriešinis veiksmas, kuriam pasižadėjimo gavėjas pritarė, neatliktas dėl kitų teisinių priežasčių.

Stilk v. Myrick (1809) 2 Camp. 317, 170 Eng. Rep. 1168 byloje viename Rusijos uoste iš laivo pabėgo du jūreiviai. Kadangi jų nebuvo galima pakeisti, kapitonas likusiems jūreiviams pažadėjo priedą prie atlyginimo. Kai laivas laimingai grįžo į Angliją, kapitonas nebenorėjo mokėti priedo. Teismas jam pritarė: kapitono pasižadėjimui nepriešpriešinta jokio jūreivių priešpriešinio patenkinimo, nes pagal laivo įgulos sutartį jūreiviai vis tiek esą įsipareigoję pagal išgales nepaisyti jūreivystės pavojų; prie šių pavojų priskiriama ir tai, kad dėl kitų laivo įgulos narių netekimo turėtų būti daugiau dirbama.

Ši išvada aiškėja, jeigu preziumuojama, kad jūreiviai prieš kapitoną sąmoningai panaudojo prievartinę sankciją ir iškėlė reikalavimus dėl užmokesčio priedo, o savo reikalavimą turbūt dar pabrėžė grasinimu, kad jie galėtų pasekti pabėgusiųjų pavyzdžiu. Tokiais atvejais kapitono pasižadėjimas yra niekinis, bet ne todėl, kad jam nebuvo priešpriešinta jokio priešpriešinio patenkinimo, o todėl, kad pažadas buvo duotas neleistinai grasinant (plg. 31 VII str.). Kad čia netinka priešpriešinio patenkinimo doktrina, rodo paprastas samprotavimas, jog bylos nebūtų buvę galima išspręsti kitaip, jeigu jūreiviai būtų įsipareigoję dėl „priešpriešinio patenkinimo", taigi būtų atsisakę pagal laivo įgulos sutartį priklausančios pertraukėlės arbatai arba romo davinio. Tačiau nesuprantama, kodėl kapitono pasižadėjimas esant tam tikroms aplinkybėms negalėtų būti galiojantis, jeigu jis buvo suinteresuotas priedo davimu, kad pataisytų savo jūreivių nuotaiką ir paragintų juos ypatingoms pastangoms.

Šie samprotavimai šiandien pradedami įgyvendinti ir Anglijos teismų praktikoje. *Williams* v. *Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.* [1991] Q.B. 1 (C.A.) byloje ieškovas įsipareigojo perstatyti 27 butus. Tačiau jam sutartį iš dalies įvykdžius iškilo finansinių sunkumų. Todėl atsakovė, ieškovo užsakovė, pasiūlė už kiekvieną butą, kurį jis dar turėtų užbaigti, papildomą 575 svarų sterlingų premiją. Ieškovas sutiko, įrengė dar 8 butus, tačiau paskui visai nutraukė savo darbus. Jo ieškinys dėl premijos už 8 butus buvo patenkintas. Esminis sam-

protavimas buvo tas, kad papildomai prisiimtas įsipareigojimas rėmėsi ne ieškovo neteisėtu grasinimu arba apgaule, o gerai apgalvotu atsakovės siūlymu ir kad šio susitarimo turinys protingai atsižvelgė į abiejų šalių komercinius ir ūkinius interesus. Teisėjai šiame sprendime išreiškė pagarbą priešpriešinio patenkinimo doktrinai darydami prielaidą, kad ieškovas, užuot metęs savo darbo įrankius ir iš partnerio laukęs ieškinio dėl žalos atlyginimo, tęsia darbus ir taip patiria tam tikrų „nepatogumų", taigi ir realizuodamas priešpriešinį patenkinimą. Bet tai nelabai įtikina ir tik užmaskuoja faktą, kad priešpriešinio patenkinimo doktrina iš esmės užleido savo, kaip tikrintojos, poziciją susitarimų dėl sutarties pakeitimo rimtumo kriterijui.

Jungtinėse Valstijose jau seniai vyravo nuomonė, kad susitarimai, kuriais nevisiškai įvykdyta sutartis modifikuojama vienos šalies naudai, gali būti pripažinti galiojančiais ir be priešpriešinio patenkinimo. Palyginkime 1981 metų *Restatement Contracts 2d* 89 straipsnį. Pirkimo ir pardavimo sutartims ši taisyklė galioja ir pagal įstatymą. Vieningo komercinio kodekso 2-209 str. rašoma, kad *an agreement modifying a contract ... needs no consideration to be binding*. Ta pati nuomonė randama ir Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 29 str. 1 d., kurioje rašoma, kad sutartis „gali būti pakeista vien tik šalių susitarimu". Papildomu sutarties pakeitimu galima traktuoti ir susitarimą, kuriuo kreditorius gauna mažesnį mokėjimą nei jam priklauso ir savo reikalavimus, beje, pareiškia kaip įvykdytus. Nors kreditorius paprastai gali reikalauti sumokėti likusią sumą, nes jo ankstesniajam pasižadėjimui, kad jis nepareikš reikalavimų dėl likusios sumos sumokėjimo, nepriešpriešintas skolininko priešpriešinis patenkinimas, kaip *Foackes* v. *Beer* (1884) 9 App. Cax 605 byloje. Ši taisyklė šiandien galioja tiek Jungtinėse Valstijose, tiek ir Anglijoje, tik su dideliais apribojimais. Palyginkime, viena vertus, *Corbino* 175 straipsnį, kita vertus – *Treitelio*: *The law would more consistent, as well as more satisfactory in its practical operation, if it adopted the same approach [of Williams v. Roffley] to case of part payment of a debt. Agreements of the kind here under discussion would then be binding unless they had been made under duress* (p. 116).

Kitais atvejais pasižadėjimas, kuriam trūksta *consideration* (priešpriešinio patenkinimo), yra neįgyvendinamas, jeigu duodant pasižadėjimą gavėjas jau buvo atlikęs priešpriešinį patenkinimą: *Past consideration is no good consideration*. Tai iš tiesų yra nuoseklu, nes pasižadėjimas turi būti kaina už pasižadėjimą davusio asmens pageidaujamą priešpriešinį patenkinimą; taip neįvyksta, jei pasižadėjimo gavėjas tam tikrus savo veiksmus atliko jau anksčiau, ir pasižadėjimo tikslas – papildomai atlyginti ankstesnįjį veiksmą. Žinoma, ši taisyklė kartais sukelia sudėtingų skirtumų, kuriuose sunku rasti rimtą pagrindą. *Re McArdle* [1951] Ch. 669 byloje testatorius įpėdiniais paskyrė savo žmoną, o po jos mirties – jų vaikus. Po testatoriaus mirties vienas jo sūnų bei pastarojo žmona atnaujino palikimo visumai priklausantį žemės sklypą; likę broliai ir seserys po motinos mirties kaip kompensaciją už jų turėtas išlaidas pažadėjo išmokėti tam tikrą pinigų sumą. Apie tai broliai ir seserys vėliau nenorėjo nieko girdėti. Šios bylos sprendimas sutampa su klausimu, ar pasižadėjimas atlikti mokėjimą buvo duotas prieš atnaujinimo darbus, ar po jų. Pagal naujausią teismų praktiką ieškinys būtų patenkintas ir tuo atveju, jei pasižadėjimas būtų duotas tik atnaujinus darbus, tačiau broliai ir seserys dėl šių darbų būtų pareiškę susidomėjimą jau anksčiau, ir visi dalyviai būtų nutarę kokį nors atlyginimą sumokėti vėliau.

Palyginkime *Pao On* v. *Lau Yiu Long* [1980] A.C. 614, 629 (P.C.). JAV teisinėje praktikoje atsiranda ekstremalus atvejis, kuris parodo, kokį griežtumą gali sukelti *past consideration* teorija, jei-

gu neįžvalgūs teisėjai visus dogmatinius svarstymus stumia į šalį: A išgelbėja B gyvybę, tačiau yra taip sunkiai sužeidžiamas, kad visam likusiam gyvenimui tampa luošiu. Dėkingasis B pažada A mokėti mėnesinę 30 JAV dolerių pensiją. Po B mirties jo įpėdiniai atsisako mokėti. B pasižadėjimas mokėti yra niekinis, nes gelbėjimo faktas, kaip užbaigtas veiksmas, yra praeityje ir todėl priešpriešinis patenkinimas gali negalioti. Bet kas norės užpykti ant teismo, kad jis, nors ir su mėšlungiškais argumentais, patenkino A ieškinį dėl mokėjimo? (*Webb v. McGowin* 27 Ala.App.82, 168 So. 196 [1935]. Palyginkime ir *Harrington v. Taylor* 225 N.C. 690, 36 S.E. 2 d. 227 [1945] bylą, kurioje teismas esant panašioms aplinkybėms teigė: *However much the defendant should be impelled by common gratitude to alleviate the plaintiff's misfortune, a humanitarian act of this kind, voluntarily performed, is not such consideration as would entitle her to recover at law*. Tačiau kitaip yra 1981 metų *Restatement Contracts 2d:* žinoma, pasižadėjimai, duoti atsižvelgiant į jau anksčiau gautą naudą, yra privalomi tik *to the extent necessary to prevent injustice*.

Pagaliau priešpriešinio patenkinimo doktrina ir esant kitoms situacijoms sukelia keistų rezultatų. Ji leidžia verslininkui prieš laiką atšaukti ofertą, nors jis aiškiai pareiškė apie jos galiojimo terminą. Principas, pagal kurį tretysis asmuo iš sutarties negali įgyti jokių teismine tvarka ginamų reikalavimų, dažnai kildinamas iš priešpriešinio patenkinimo doktrinos.

III.

Kontinentinės teisės sistemose priešpriešinio patenkinimo doktrinos pagrindinė mintis šiuo požiūriu akceptuojama tuo atveju, kai kalbama apie pasižadėjimus dovanoti turtą anksčiau minėta prasme. Kas kitam žada sumokėti pinigus, perleisti daiktą arba kitokį turtą, ir kontinente gali kreiptis į teismą dėl pažado įvykdymo (arba dėl žalos atlyginimo dėl nevykdymo) tik tada, jeigu jis savo pareiškime laikėsi tam tikros formos ir pateikė įrodymą, pagrindžiantį pasižadėjimų valios rimtumą. Nors tarp notarinio patvirtinimo ir *deed* įtraukimo yra didelis skirtumas, pagrindinė mintis lieka ta pati.

Žinoma, formos reikalavimas kontinentinės teisės sistemose galioja tik tada, jeigu pasižadėjimas iš tiesų duotas *à titre gratuit*, arba „dovanojimo būdu". Šiuo klausimu teismai gali plačiai taikyti „vidinio įsitikinimo" kriterijų. Jie dažnai linksta pasižadėjimą traktuoti neatlygintinu, jeigu juo siekiama protingo arba pelnyto tikslo ir jei pagal aplinkybes nėra jokios abejonės dėl valios prisiimti įsipareigojimą rimtumo. Būtų nesąžininga, jei pasižadėjimo davėjas, remdamasis formos trūkumais, vėliau galėtų nusikratyti savo prievolės. Prancūzijos teismų praktikoje randama daug sprendimų, kuriuose kažkas yra sutikęs aukoti visuomeniniais tikslais arba pažadėjęs mokėti alimentus, bet vis dėlto sakoma, kad nėra *pure liberalité* ir kartu jokio dovanojimo, o tik „mainų sutartis" *(contrat commutatif)*, ir todėl Prancūzijos CK 931 straipsnis yra netaikytinas. Kai 1914 metais Nancy miesto gyventojai buvo paraginti aukoti karo dalyvių giminėms, ponas Bailly pareiškė, kad jis norįs paaukoti 1 milijoną Prancūzijos frankų. Vėliau jis pamąstė ir pareiškė, jog jo pažadas nesąs notariškai patvirtintas. Tačiau jam priteisė sumokėti pažadėtą sumą. Šiuo atveju buvo kalbama ne apie dovanojimą, o apie mainų sutartį; miesto „priešpriešinis patenkinimas" slypėjęs tame, kad jis, pasitikėdamas pažadu, pasiskolino pinigų ir juos jau išleido, tam tikslui įtraukdamas miesto struktūras ir, be kita ko, viešai paskelbdamas aukotojo kilnumą *de la façon la plus flatteuse*.

Palyginkime Nancy 1920.3.17, D.P. 1920.2.65, patvirtintą Civ. 1923.2.5, D.P. 1923.1.20. Ir kitose bylose teismai įpareigojo aukotoją laikytis pažado tik todėl, kad pastarasis pažadu siekė tam tikros, dažnai mažai apčiuopiamos naudos, pavyzdžiui, didinti savo visuomeninį autoritetą, remiantis demonstratyviu dosnumu, todėl veikė neturėdamas dovanojimo ketinimų. Palyginkime Req. 1863.4.14, D.P. 1986.1.402; Civ. 1894.7.19, D.P. 1895.1.125; Aix 1882.1.30, D.P. 1883.2.245 ir labai gerą šių sprendimų analizę *Dawson*, ten pat, p. 84 ir kt. Ir Vokietijoje raštiškas aukotojo pareiškimas apie tai, kad jis vienai organizacijai mokės 50 000 Vokietijos markių sumą kremacijai plėtoti, yra pripažįstamas galiojančiu gana varginamu argumentu, palyginkime RGZ 62, 386.

Panašiai yra ir tais atvejais, kai kažkas šeimos nariui, nesantuokinės bendrijos partneriui, sutuoktiniui, su kuriuo išsiskyrė, arba tam, kurį ketina vesti, pažadėjo sumokėti pinigų arba atlikti kitus veiksmus. Teismai vienu ar kitu argumentu paneigė pasižadėjimo davėjo dovanojimo pobūdį vien todėl, kad būtent tokiais atvejais pažadas paprastai yra mažai realus; būtų net neprotinga reikalauti, kad pasižadėjimo gavėjas, vos tik jam duotas pažadas, nutaisytų rūgščią miną ir reikalautų notarinio patvirtinimo.

Prancūzijoje sakoma, kad tėvo pasižadėjimas duoti išlaikymą savo nesantuokinio ir jo nepripažinto vaiko naudai pripažįstamas kaip *accomplissement d'un devoir de conscience* arba *reconnaisssance d'une dette naturelle* ir tad nereiškia formos reikalaujančio dovanojimo (Civ.1862.4.15, D.P. 1862.1.208; Civ. 1959.12.8, D. 1959, D. 1960, 241). Tai galioja ir tuo atveju, jeigu asmuo savo nuskurdusioms seserims pažada pinigų sumą, nes tėvas savo turtą *inter vivos* perleido vien jam, apeidamas dukras (Paris, 1932.4.25, Sem. Jur.1932, 607). Taip yra ir Vokietijos teismų praktikoje. Ji galiojančiu pripažino kavalerijos karininko pasižadėjimą, kuriuo šis savo ilgametei mylimajai, padavėjai, ir jų trims nesantuokiniams vaikams pažada skirti 15 000 markių tuo atveju, jei jis vestų moterį, „atitinkančią socialinę padėtį" (RGZ 98, 176); lygiai taip pat kaip ir vedusio vyro pasižadėjimas, kuriuo šis pažada kitam vyrui sumokėti 3000 markių „kraičio", jei pastarasis vestų pažadą davusio asmens mylimąją, kuri laukiasi nuo jo vaiko (RGZ 62, 273). Abiem atvejais kyla klausimas, ar pasižadėjimas nėra niekinis dėl prieštaravimo geriems papročiams. Jis paneigtas be perdėto drovumo; lygiai taip buvo paneigtas ir kitas klausimas, ar tai nėra pasižadėjimas dėl turto dovanojimo. Tai būtų tik tuo atveju, jei abi šalys sandorį įvertintų kaip gryno dosnumo aktą. Priešingai, pasižadėjimą jos traktuotų kaip skolos įvykdymą, kuris teisiškai nėra pasiekiamas prievarta, bet padorus žmogus jį laiko egzistuojančiu. Todėl iš pasižadėjimą davusios šalies pusės trūksta „noro dosniai garantuoti [atliktą veiksmą], o iš kitos šalies – noro juos pripažinti neatlygintinai atliktais veiksmais" (RGZ 62, 273, 277).

Tų pačių nuostatų siekia ir Šveicarijos teismų praktika. Palyginkime, pvz., BGE 53 II 198: ponas Stähelinas globos ir rūpybos skyriui žodžiu įsipareigojo globoti be tėvų likusią dukterėčią kaip savo vaiką ir auklėti ją savo šeimoje. Vėliau ryšium su tuo susijusias išlaidas jis norėjo įtraukti į vaiko sąskaitą, pareikšdamas, kad jo pasižadėjimui dėl dovanojimo reikėję formos. Vokietijos Aukščiausiasis Teismas nesilaikė šios nuomonės: užtenka, jei dovanotojas (šiuo atveju Stähelinas) veikė manydamas, jog jis atlieka paprotinę pareigą, nors ji ir neturėtų būti visų pripažinta. Tokiu atveju dovanotojui trūksta dovanojimo valios ir esant jo įsipareigojimui dėl neatlygintinų veiksmų apie dovanojimą negali būti nė kalbos. Todėl susitarimui dėl klientės neatlygintino išlaikymo buvo taikomos nuostatos, kurios galioja sutartims, sudaromoms laisva forma. Todėl šio pažado galiojimui užtenka žodinio susitarimo tarp Stähelino bei globos ir rūpybos skyriaus (ten pat, 199 str. ir kt.).

Kontinento teismų laukia kitas testas, kuriuo teisiškai privalomi pasižadėjimai gali būti atskirti nuo teisiškai neprivalomų. Pasižadėjimas yra privalomas tik tuo atveju, jeigu pasižadėjimo davėjas *en vue de produire des effets jurisdiques*, taigi išreiškia valią „sukurti sau teisines pasekmes" (BGHZ 21, 102, 106). Ši sąlyga paprastai yra įvykdyta, jeigu šalys sudarė atlygintiną sandorį. Esant neatlygintiniems pasižadėjimams yra kiek kitaip.

Ir bendrojoje teisėje žinomas principas, kad sutartinė prievolė įsigalioja tik tada, kai šalys veikė *intention of creating legal relations*. Šis požiūris bendrojoje teisėje vaidina labiau antraeilį vaidmenį, nes neatlygintinas pasižadėjimas dėl priešpriešinio patenkinimo trūkumo daugiau pripažįstamas neįgyvendinamu (plg. *Treitel*, p. 149 ir kt.).

Pagrindinis Vokietijos sprendimas šioje srityje yra BGHZ 21, 102. Krovinių firmos savininkas A, kuris gavo skubią pervežimo užduotį, bet jai atlikti neturėjo vairuotojo, kreipėsi į krovinių firmos savininką B, prašydamas atsarginio vairuotojo. B sutiko. Aišku, pastarasis parinko vairuotoją be vairavimo patirties, kuris dėl to A savininko autotraukiniui padarė esminių nuostolių. Į A reikalavimą dėl atsiradusių nuostolių atlyginimo B gynėsi tvirtindamas, kad jis norėjęs padėti A sunkioje padėtyje ir todėl veikęs „tik turėdamas žmoniškų jausmų, be noro prisiimti įsipareigojimus". Apie tai Vokietijos Aukščiausiasis Teismas nieko nenorėjo žinoti. Valia B teisinių pasekmių sukūrimui yra būtina. Užtat remiamasi ne jo „vidine valia", o tuo, ar A iš B veiksmų, „esant konkrečioms aplinkybėms, vadovaujantis sąžiningumo ir teisingumo principu bei atsižvelgiant į papročius, turi būti susietas šia valia". Turi būti preziumuojama, kad A pasirūpins tinkamu vairuotoju, kitaip B grėstų esminė žala.

Ir Prancūzijoje galima rasti daug sprendimų, kuriuose sutartinė prievolė buvo paneigta trūkstant valios sukurti teisines pasekmes. Kasacinis teismas turėjo nuspręsti dėl vienos bylos, kurioje dailininkė reikalavo, kad viešbučio savininkas atlygintų žalą dėl pasaugos sutarties pažeidimo po to, kai ji viešbučio baro prižiūrėtojui paliko saugoti aplanką su savo paveikslais, o tas aplankas dingo. Kasacinis teismas atmetė ieškinį, nes aplankas buvo paimtas *par pure complaisance* ir todėl negalima pripažinti, kad buvo sudaryta sutartis (Com. 1984.9.25, Bull. IV, Nr. 242). Jeigu savininkas iš paslaugumo leidžia *par simple tolérance*, kad kitas automobilis būtų pastatytas jo įmonės teritorijoje, *contract de dépôt ou de garde même tacite* taip pat nesudarytas (Civ.1978.3.29, Bull. I, Nr. 126). Jei Paryžiuje naktinio klubo tarnautojas iš svečio paėmė jo automobilio raktelius ir jam pažadėjo rasti stovėjimo vietą, tai ir šiuo atveju galime kalbėti tik apie klubo *service bénévole*, bet ne apie pasaugos sutarties sudarymą (Paris 1988.1.14, Gaz. Pal. 1988.I.269).

IV.

Ši apžvalga parodė, kad šalių konsensusas galiojančios sutarties sudarymui nors ir yra būtinas, tačiau kai kuriais atvejais jo nepakanka. Į klausimą, kokioms aplinkybėms esant pareiškiama papildomų reikalavimų ir kaip jie turėtų būti vykdomi, atsakoma nevienodai. Ypač platų ir ambicingą atsakymą į tai randame bendrosios teisės priešpriešinio patenkinimo doktrinoje. Tokios bylos ir šioje srityje dažnai sprendžiamos vienodai. Tačiau teisinga yra tai, kad kontinentinės teisės sistemos šioje srityje nesuformavo bendrojo principo. Dėl to Anglijoje daromos skirtingos išvados. Kai kas priešpriešinio patenkinimo doktriną vertina kaip būdingą ir privalomą Anglijos

sutarčių teisės požymį, tarsi gražiausią jos karūnos perlą. Priešingai, priešpriešinio patenkinimo doktrinos kritikai, remdamiesi aplinkybe, kad žemyne galima išsiversti ir be jos, padarė išvadą, kad ją būtų galima panaikinti ir Anglijoje. Lordas Wrightas rašė, kad kaip Lordų Rūmų ir *Privy Council* (Slaptosios tarybos) teisėjas jis dažnai turėjęs taikyti Škotijos ir Pietų Afrikos teisę:

> In these jurisdictions consideration has no place; nor has it place in the laws of France, Italy, Spain, Germany, Switzerland and Japan. These are all civilized countries with a highly developed system of law; how then is it possible to regard the common law rule of consideration as axiomatic or as an inevitable element in any code of law? (ten pat, p. 1226).

Savo samprotavimų rezultatą jis apibendrina taip:

> When I review in my mind the scattered threads of argument and illustration which I have set out in this article, I cannot resist the conclusion that the doctrine is a mere incumbrance. A scientific or logical theory of contract would in my opinion take as the test of contractual intention the answer to the overriding question whether there was a deliberate and serious intention, free from illegality, immorality, mistake, fraud or duress, to make a binding contract. That must be in each case a question of fact. (ten pat, p. 1251).

Kitas autorius padaro išvadą,

> that English law would lose nothing if the doctrine of consideration were to be abolished ...The civil law systems have been able to develop a perfectly adequate law of contract without consideration. If the idea of the harmonization of laws, therefore, is to be taken seriously the doctrine of consideration must go. In its present form it makes no contribution to English law, it is alien to the civil law and it will serve no useful purpose in an enlarged area of European law (*Chloros*, ten pat, p. 164 ir kt.).

Stipriai pasakyta. Tačiau pasižiūrėję iš arčiau suvoktume, kad Anglijos kritikų pyktis nukreiptas ne prieš priešpriešinio patenkinimo doktrinos pagrindinę mintį, o prieš tai, kad ilgainiui jai skiriamos užduotys ir adresuojami kūriniai, apie kuriuos šios doktrinos kūrėjai net negalvojo. Taip mažai simpatijos parodoma tam, kad, remiantis priešpriešinio patenkinimo doktrina, gali būti suabejota susitarimo, kuriuo sutartis po jos sudarymo gali būti modifikuota vienos šalies naudai arba jai suteikta teisė įvykdyti sutartį atliekant mažiau nei buvo iš pradžių sutarta veiksmų, galiojimu. Šiuo atveju iš esmės kalbama *that adjunct of the doctrine of consideration which has done most to give it a bad reputation* (*Patterson*, ten pat, p. 936). Taip pat nelabai aišku, kodėl priešpriešinio patenkinimo doktrina turėtų trukdyti susitarimui, kuriuo šalys dėl gerų priežasčių susitarė, kad įvykdytų veiksmus, kuriuos įsipareigojo atlikti viena iš sutarties šalių, galės reikalauti ir sutarties šalimi nesantis tretysis asmuo. Galiausiai iš priešpriešinio patenkinimo doktrinos daroma išvada, kad verslininkas, kuris nedviprasmiškai pareiškia apie ofertos laikymąsi tam tikrą laiką, ją gali atšaukti prieš baigiantis terminui, kol ji neakceptuota. Žinoma, Anglijoje šiandien sutariama, kad minėtoje srityje priešpriešinio patenkinimo doktrinai atėjo laikas šaltakraujiškai užleisti savo poziciją, kurios ji nebegali autoritetingai apginti. Aiškių pasitraukimo signalų davė ir teismų praktika, ir teisinė literatūra, ir *Law Commission* (Teisės komisija) (plg. *Treitel*, p. 147 ir kt.).

Kita situacija, kai kalbama apie pasižadėjimą dovanoti turtą *(gift promises)*, taigi apie tai, kai neatlygintinai pažadama atlikti tam tikrus veiksmus, kuriais pažado davėjo turtas turėtų būti nuolat mažinamas, o pažado gavėjo – nuolat didinamas. Tokie pasižadėjimai tiek Anglijoje, tiek žemyne yra galiojantys tik tuo atveju, jeigu jie sudaryti specialia *deed* forma arba notariniu patvirtinimu. Šiuo klausimu Europos teisinės sistemos sutaria dėl labai paprastos priežasties. Formos reikalavimu siekiama užtikrinti tvirto įrodymo buvimą, kad pažado davėjas tikrai norėjo savo pažado galiojimo. Tačiau vis dar pasitaiko atvejų, kai pažadas, duotas tik žodine forma arba privačioje ar tarnybinėje korespondencijoje, nepaisant to buvo išsamiai apmąstytas. Tačiau teisiniam nesaugumui būtų atvertos visos durys ir visi vartai, jeigu formos reikalavimų būtų atsisakoma; teisėjai kiekvienu atveju būtų priversti patikrinti, ar žodinis arba rašytinis pasižadėjimo davėjo pareiškimas yra pagrįstas *deliberate and serious intention* (apmąstytais ir rimtais ketinimais).

Tačiau sutikdami su esminiais dalykais privalome atsižvelgti į tai, kad tarp bendrosios ir kontinentinės teisės atskirais klausimais yra esminių skirtumų. Bendroji teisė, remdamasi *promissory estoppel* teorija, net ir neatitinkančius nustatytos formos pasižadėjimus dėl turto dovanojimo pripažįsta įgyvendinamais, jeigu pasižadėjimo gavėjas, visiškai pasitikėdamas pasižadėjimo davėjo pareiškimu, pakeitė planus. Apie tai reikėtų pasvarstyti ir kontinentinės teisės sistemose. Vėliau paaiškėjo, kad žemyno teismai darbo dėl klausimo, ar sandoris yra „neatlygintinas", ėmėsi su tam tikru nerūpestingumu ir kartais, atrodo, į šį klausimą todėl ir atsako neigiamai; pasižadėjimas, nepaisant formos trūkumo, pripažįstamas galiojančiu, nes pasižadėjimo davėjas dėl protingų ir pagirtinų priežasčių laiko save įsipareigojusiu. Tačiau galima paprieštarauti, kad taip labai nuvertinamas formos reikalavimas ir sukuriamas teisinis netikrumas. Bet iš Anglijos teisininko lūpų šis prieštaravimas skambėtų ne itin įtikinamai, jeigu suvoktume, su kokia išmone tais atvejais ir Anglijos teisėjas pasinaudos priešpriešiniu patenkinimu.

Lieka neišnagrinėti kiti neatlygintini sandoriai. Šiuo atveju tarp bendrosios ir kontinentinės teisės slypi gilus ir neįveikiamas skirtumas, nes joks Anglijos teisininkas nesutiks, kad sutartis galios ir tuo atveju, kai kažkas neatlygintinai įsipareigojo perduoti naudojimui daiktą, suteikti informaciją arba atstovauti teisme. Dėl šito skirtumo reiktų nuliūsti tik tuo atveju, jei galėtų būti įrodoma, kad būtent jis yra esminis nesutarimų pagrindas. Ar tai įrodoma, labai ginčytina. Kontinento teismai kai kuriais atvejais gali vadovautis prielaida, kad pasižadėjimo davėjas nenorėjo sukurti teisinių pasekmių; tačiau Anglijos teismai gali padėti „iš tuščios kepurės" ištraukdami priešpriešinį patenkinimą. Praktikoje pirmiausia kalbama apie atvejus, kuriais reikalaujama ne pasižadėjimo įvykdymo *in natura*, o nuostolių atlyginimo, nes pažadėti veiksmai atlikti klaidingai. Ką kontinentinėje teisėje galima pasiekti pateikiant reikalavimą dėl sutartinių nuostolių atlyginimo, Anglijoje tų pačių rezultatų pasieksime vadovaudamiesi deliktinės atsakomybės institutu.

30. SUTARTIES AIŠKINIMAS

Farnsworth, „Meaning" in the Law of Contracts, Yale L.J. 76 (1967) 939; *Holmes*, the Theory of Legal Interpretation, Harv.L. Rev. 12 (1899) 417; *Kötz*, Vertragsauslegung, Eine rechtsvergleichende Skizze, jubiliejinis leidinys, skirtas Zeuneriui (1994) 219; *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts (1930, naujas leidinys 1966); *Lewison*, The Interpretation of Contracts (1989);

Lüderitz, Auslegung von Rechtsgeschäften, Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts (1966); *Marty*, Rôle du juge dans l'interprétation des contrats, Travaux de l'Association Henri Capitant (1950) 84; *Meyer-Hayoz*, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluss (1948); *Morris*, Palm-Tree Justice in the Court of Appeal, L.Q.Rev. 82 (1966) 196; *Oftinger*, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58 (1939) 178; *Patterson*, The Interpretation and Construction of Contracts, Col.L.Rev. 64 (1964) 833; *Pound*, The Role of Will in Law, Harv.L.Rev. 68 (1954) 1; *Rieg*, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand (1961); *Sweet*, Contract Making and Parol Evidence: Diagnosis and Treatment of a Sick Rule, Cornell L.Q.53 (1968) 1036; *Williams*, Language and the Law, L.Q.Rev. 61 (1945) 71, 179, 293, 384; 62 (1946) 387; *Young*, Equivocation in the Making of Agreements, Col.L.Rev. 64 (1964) 619; *Yung*, L'interprétation supplétive des contrats, ZBernJV 97 (1961) 41.

I.

Kadangi ištartas ir parašytas žodis, kaip ir kiti ženklai, su kurių pagalba žmonės vieni su kitais sueina į teisinius santykius, tik netobulai sugeba išreikšti tai, kas turėta galvoje, ir kadangi šalys, duodamos teisinės reikšmės turinčius pareiškimus, dažnai nepagalvoja apie tam tikrus, tik vėliau svarbiais pasirodžiusius klausimus, teisėjo užduotis – išaiškinti tai, ko šalys, nepaisant neaiškumų ar spragų, iš tikrųjų siekė. Ši teisėjų veikla, kurios esmė yra neaiškių ar pareiškimų su spragomis prasmės aiškinimas, vadinama sutarčių aiškinimu.

Aiškinimas visada yra susijęs su tam tikrais atvejais, kai nors ir yra aišku, ką šalys pasakė, parašė ar šiaip išreiškė, tačiau lieka neaišku, ką jų pareiškimai iš tikrųjų reiškia. Jau iš to suvokiama, kad sandorio aiškinimas iš esmės gali išplaukti iš dviejų skirtingų pozicijų, kurios šiandieninėje praktikoje atsiranda tik sušvelnintais atspalviais. Viena nuomonė pirmenybę teikia pareiškėjo *valiai* ir grindžiama tuo, kad pagal šalių autonomijos principą teisės subjektai teisines pasekmes sau sukurti gali tik laisvai išreikštos valios pagrindu: „Nes apie valią, tiesą sakant, turi būti pagalvota kaip apie vienintelę ir galiojančią ir kadangi ji yra vidinis ir nematomas įvykis, mums reikia ženklo, pagal kurį ji gali būti atpažinta" (Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* III [1840] 258).

Kita nuomonė pirmiausia pripažįsta išorines *pareiškimo* aplinkybes. Taip yra dėl to, kad dėl civilinės apyvartos apsaugos motyvų vidinė pareiškimą duodančio asmens valia teisės sistemai yra svarbi tik tiek, kiek ji sutampa su apyvartos esme ir atitinka protingo žmogaus kriterijų.

Jau romėnų teisėje buvo galima matyti, kaip aiškinimo metodas svyravo tarp šių dviejų polių. Istoriškai senesnė yra tvirtai išorės besilaikanti žodžio interpretacija. Pavyzdys: pagal klasikinę teisę testamentas, kuriuo įpėdiniu skiriamas vergas, tačiau jam pamirštama dovanoti laisvę, buvo negaliojantis. Paskyrimas įpėdiniu ir paleidimas į laisvę buvo pripažįstami kaip du skirtingi sandoriai, o prielaida, kad tas, kuris, išreikšdamas paskutinę valią, pagalvojo apie vergą ir norėjo jam suteikti laisvę, nes, kaip kiekvienas žinojo, tik laisvas žmogus galėjo turėti turtą, senovės romėnams atrodė neleistina (Inst. 1, 6, 2; 2,14 pr.): *Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio* (D. 32, 25, 1). Tik Justicianas *constitutio* (C.6,27,5) nustatė, kad tokiu atveju paskutine valia išreikšto vergo paleidimas į laisvę turėtų galioti kaip kartu pareikštas pareiškimas, *cum non est verisimile eum quem heredem sibi elegit, si praetermiserit libertatis dationem ser-*

vum remanere voluisse et neminem sibi heredem fore. Taip baigiasi plėtojimasis su stipresniu *voluntas* prieš *verba* įvertinimu ne tik paveldėjimo, bet ir sutarčių teisėje: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* (D. 50, 16, 219). Plg. išsamiai Zimmermann, *The Law of Obligations* (1990) 622 ir kt.

II.

Metus žvilgsnį į žemyno kodifikacijas paaiškėja, kad įstatymų leidėjo pažiūros į įstatymais nustatytas aiškinimo taisykles skirtingose sistemose gerokai skiriasi. Pirmiausia *romaniškuosiuose* civiliniuose kodeksuose yra gausybė labai abejotinos reikšmės įstatyminių aiškinimo kanonų (plg. Prancūzijos CK 1156 str., Italijos CK 1362 str.). Kodifikacijos užduotis negali būti logikos ir teisės taikymo technikos pamokų teisėjui suteikimas. Aiškindamas sutartį teisėjas į konkretaus atvejo aplinkybes turi taip atsižvelgti, kad kiekvienas įstatymine nuostatos forma glaustas apibendrinimas galėtų sukelti tik klaidų. Todėl aiškinimo taisyklių plėtojimasis turėtų būti ramiai perduotas praktikai ir teisės mokslui.

Ši nuomonė pasitvirtina, jeigu nagrinėjame Prancūzijos civilinio kodekso aiškinimo taisykles: jos turėtų būti, taip rašoma 1156 straipsnyje, tiriamos pagal bendruosius šalių ketinimus, o ne laikantis žodžio prasmės; abejojant reikia aiškinti taip, kad sutartis išsilaikytų (1157 str.), o ten, kur pareiškimas dviprasmis, tai priklauso nuo reikšmės, *qui convient le plus à la matière du contrat* (1158 str.). Toliau: aiškinant reikia vertinti visą sutartį, o ne atskirą jos sąlygą (1161 str.); bendrieji svetimos kalbos žodžiai yra apriboti iš tiesų egzistuojančiais sutarties objektais, ir atvirkščiai, kur planuojama tik *viena* atvejo situacija, reiktų patikrinti, ar į tai nepatenka ir kitos situacijos (1163 str. ir kt.). Kilus abejonėms, neaiški nuostata turi būti aiškinama skolininko naudai (1162 str.), pirkimo ir pardavimo srityse – pardavėjo nenaudai (1602 str. 2 d.).

Šios taisyklės iš dalies turi įprastų, iš dalies imperatyvių abejotinos vertės normų. Kasacinis teismas pasiskubino pareikšti, kad sprendimas negali būti panaikinamas vien tik todėl, kad prieš tai buvusios instancijos teisėjas neatsižvelgė į vieną iš išvardytų taisyklių (plg. Com. 1981.1.19, Bull. I, Nr. 34). Iš esmės susidaro įspūdis, kad teisėjai papildomai ieško tik tų aiškinimo principų, kurie jiems atrodo tinkami jau anksčiau padarytoms išvadoms patvirtinti.

Ginče tarp objektyvaus ir subjektyvaus aiškinimo metodų Prancūzijos teismų praktika dar ir šiandien vadovaujasi pastaruoju metodu. Ji daro prielaidą, kad aiškinant sutartį visų pirma kalbama, kaip nustatyta Prancūzijos CK 1156 straipsnyje, apie *commune intention des parties* išaiškinimą. Tačiau lygiai taip pat pripažinta, kad nesant tokios bendros šalių valios, teisėjas privalo išaiškinti „spėjamą" šalių valią ar vadovautis tuo, ko šalys, atsižvelgus į visas subjektyvias ir objektyvias aplinkybes, protingai turėjo siekti. Iš esmės Prancūzijos CK 1156 straipsnyje kalbama apie šalių „bendrą valią". Tačiau ji teisėjui taip pat nurodo, kaip ir Vokietijos CK 157 straipsnyje, atsižvelgti į „objektyvias" aplinkybes, pvz., neaiškias sutarties išlygas išdėstyti taip, kaip jos atitinka „sutarties prasmę" ar „praktiką" (1158–1160 str.). 1135 straipsnyje sakoma, kad sutarties šalis turi atlikti ne tik tai, kas sutartyje nedviprasmiškai pasakyta, bet ir tai, ko pagal sutarties rūšį reikalauja „teisingumas, praktika arba įstatymas". Kadangi teisėjas retai gali realiai nustatyti tikrąją šalių valią, praktikoje jis negalės išvengti „objektyvaus" požiūrio, taigi patikrinimo, kaip protingas žmogus konkretų pareiškimą turėtų ar galėtų suprasti iš pažodinio teksto ir aplinkybių. Tai neprieštarauja tam, kad padaryta išva-

da sprendimo motyvuojamoje dalyje bus suformuluota kaip *commune intention des parties contractantes*.

Valdybos nariui *Camille Blanc* išėjus iš darbo, bendrovė paskyrė pensiją ir įsipareigojo po jo mirties pusę pensijos mokėti jo žmonai „Mme *Cammille Blanc*". Kai mirė Mme *Blanc*, našlys sudarė naują santuoką. Po jo mirties antroji Mme *Blanc* pareiškė ieškinį dėl pensijos mokėjimo, tačiau jis buvo atmestas, nes Apeliacinis teismas nustatė, kad į *dans l'intention des parties* turėjo teisę tik pirmoji žmona (Req. 1934.10.31, D.H. 1934.602). Šis aiškinimas, atsižvelgiant į bylos aplinkybes, yra teisingas; tai, kad sudarydamos sutartį šalys būtų pagalvojusios apie labai seno pensininko antrąsias vedybas arba apie tai būtų turėjusios bendrą supratimą, yra tik fikcija.

Sutarties turinio „objektyvaus" aiškinimo kryptimi eina ir kasacinio teismo sukurtas mokymas apie *clauses claires et précises*. Pagal jį sutarties aiškinimas iš esmės yra sprendimas, pagrįstas faktinės bylos dalies tyrimu, kurio kasacinis teismas netikrina. Tačiau yra kitaip, jei kalbama apie *clause claire et précise:* jei kokios nors teisminės instancijos teisėjas, aiškindamas sutartį (galbūt remdamasis tikėtina bendra šalių valia) suteikė konkrečiai sutarties sąlygai kitą prasmę, nei to reikalautų objektyvusis jos turinys, toks sprendimas turi būti panaikintas. Ši doktrina yra ginčijama, nes „aiškių" sutarties sąlygų aiškinimo draudimas nepakankamai įvertina faktą, kad kiekvieno aiškinimo padarinys yra „aiškumas". Kaip labai ši doktrina veikia „subjektyvias" aiškinimo tendencijas, rodo žinomas kasacinio teismo sprendimas.

Pirkėjas nusipirko tam tikrą kiekį menkės ir susitarė, kad pardavėjas turi teisę sumažinti pristatymo kiekį, jei gautų įgaliojimus iš prekeivių menkėmis sąjungos. Po to, kai sąjunga priėmė atitinkamą sprendimą ir, atsižvelgiant į tai, buvo patiekta tik 50 procentų iš pradžių susitarto kiekio, pirkėjas pareiškė ieškinį dėl žalos atlyginimo. Bordo m. Apeliacinis teismas *(Cour d'Appel Bordeaux)* patenkino ieškinį. Kasacinis teismas sprendimą panaikino ir bylą grąžino naujam nagrinėjimui apeliacinės instancijos teismui, nes, jo nuomone, remiantis aiškiu pažodiniu sutarties tekstu nėra abejonės dėl pardavėjo teisės sumažinti pristatymo kiekį. Ir antrasis teismas patenkino ieškinį, kaip atrodo, todėl, kad sudarydamos sutartį šalys tylėjimu pripažino, jog sąjunga suteikė įgaliojimą sumažinti teikiamos menkės kiekį tik tuo atveju, jei bus pagauta per mažai žuvies, o ne, kaip šiuo atveju, dėl padidėjusios paklausos. Ir šis sprendimas žlugo kasacinėje instancijoje: sutarties sąlyga yra tokia vienareikšmė, kad kiekvienam kitam valios ištyrimui kelias užkertamas. Lerebours-Pigeonniere, kuris buvo vienas iš sprendime dalyvaujančių teisėjų, sprendimą pastaboje vadina nesuprantamu: *Si la clause litigieuse est claire, il n'y a pas lieu de rechercher l'intention commune des parties pour en déterminer la portée* (Civ. 1942.12.14, D. 1944, 112; plg. taip pat Civ. 1945.4.23, D. 1945, 261 su Lerebours-Pigeonnière pastabomis).

III.

Vokietijos teisės erdvėje, nepaisant derinimo bandymų civiliniame kodekse, prieštaravimas tarp valios dogmos ir pareiškimo teorijos liko neišspręstas. Viena vertus, būtent Vokietijos CK 133 straipsnis nustato, lygiai kaip ir Prancūzijos CK 1156 straipsnis bei Italijos CK 1362 straipsnis, kad aiškinimo procese turi būti „sužinoma tikroji valia". Tai turėtų reikšti ne ką kita kaip tai, kad tai priklauso nuo realiai egzistuojančios empirinės šalių valios. Tam prita-

riama, jeigu motyvai dėl civilinio kodekso yra už „valios sužinojimą“, o protinga nuomonė, pagal kurią „sutartis priklauso ne nuo sutartį sudarančios šalies kalbos tikrosios prasmės, o nuo to, kaip kita sutarties šalis tą pačią kalbą pagal esančias aplinkybes privalėjo suprasti, nedviprasmiškai atmetama kaip „nepagrįsta“ (Motive I, p. 155). Kita vertus, Vokietijos CK 157 straipsnis aiškinimą postuluoja „pagal sąžiningumo ir teisingumo principą, atsižvelgiant į apyvartos papročius“, taigi griežtai objektyviai.

Išvadoje, žinoma, nėra jokios abejonės, kad sutarties aiškinimas tik retais atvejais priklauso nuo empirinės šalių valios, kurioje tokia valia realiai gali būti nustatyta. Jei tai ne toks atvejis, pareiškimas galioja ta prasme, kurią jam protingas žmogus, kaip pareiškimo gavėjas, pagal aplinkybes turėjo duoti. Taip pagrįstas adresato pasitikėjimas bus apsaugotas įprastine pareiškimo prasme. Tai gali vesti prie to, kad kartais pareiškimui gali būti suteikta kita prasmė, nei ją vidine valia reiškė pareiškėjas. Tačiau tai galima pateisinti samprotaujant, kad pareiškėjas savo pareiškimu sąmoningai nori paveikti kitus žmones, sukelti tam tikrą jų elgesį ir todėl turi numatyti, kad jam jo pareiškimas bus išaiškintas ta prasme, kurią ir visi kiti pagal aplinkybes turėjo suprasti. Nuo vidinės šalių valios tai nepriklauso. Valios teorija galėjo būti priimtina idiliškais laikais, kai tarp gerų kaimyniškų valstiečių ir pirklių sutarties sąlygos buvo išsideramos su kiekvienu individualiai, atsižvelgiant į konkretaus atvejo aplinkybes. Tuo tarpu mūsų amžiuje tinkama vien tik pareiškimo teorija.

Nekyla ginčų dėl vieno ypatingo atvejo, kai šalys jų pasirinktai valios išraiškai suteikė kitą, nei visuotinai įprastą, reikšmę. Šiuo atveju galioja šalių bendrai siekta, o ne ta, kurią jie pareiškė, valios reikšmė: *Falsa demonstratio non nocet.* Jei sutarties šalys parduotą prekę sutartyje apibrėžė kaip *„haakjöringsköd“* („ryklio mėsa“), tačiau abi šią sąvoką suprato kaip „banginio mėsa“, galioja sutartis dėl „banginio mėsos“; todėl pirkėjas gali reikalauti atlyginti žalą dėl sutarties neįvykdymo, jei pardavėjas jam pristatė ryklio mėsą (RGZ 99, 147). Šiuo ypatingu atveju bendra šalių valia gauna pirmenybę prieš reikšmę, kurią objektyviai žiūrint turi pareiškimas. Šiuo atveju tai grindžiama tuo, kad apsaugos vertas pasitikėjimas objektyvia pareiškimo prasme neegzistuoja ir todėl labiausiai atitinka šalių interesus, jeigu aiškinant sutartį nusprendžiama dėl reikšmės, kurios jos norėjo, nors ir nepareiškė.

Ir bendrojoje teisėje yra pripažinta, kad sutartis galioja tokio turinio, kokio siekė abi šalys. Jei šalys raštiškoje sutartyje apibrėžė ne parduotą žemės sklypą, bet per apsirikimą kitą, arba jei sutartyje klaidingai nurodė didesnį, nei norėta, nuomos mokestį, dėl to nuskriaustoji šalis gali reikalauti sutarties teksto *rectification* (ištaisymo), jei gali įrodyti, kad konsensusas *ad idem* iš tiesų buvo, bet sutartyje neišreikštas. Plg. *Treitel* 285 str. ir kt.).

Aiškinant sutartis nuolat kalbame apie tai, kokia reikšmė tenka žodžiams, kuriais šalys apibrėžia savo susitarimus. Vokietijoje sutarties aiškinimo problema įžvelgiama ir tada, kai šalys nesusitarė, todėl kalbama apie sutartyje egzistuojančią spragą. Tokiu atveju teisėjas pirmiausia remiasi įstatyminėmis nuostatomis, kurių dažniausiems ir praktiškai svarbiausiems sutarčių tipams jis daug randa civiliniame ir prekybos kodeksuose. Šios normos apibendrinamos sąvoka „dispozityvinė teisė“ (Prancūzijoje – *regles suppletives*), nes jos galioja tik tada, jei šalys nesusitarė kitaip. Žinoma, neretai pasitaiko, kad trūksta įstatyminės normos, kuri galėtų užpildyti sutarties spragą. Šiuo atveju įsikiša vadinamasis „papildomas sutarties aiškinimas“ – teisėjas vadovaujasi teismų praktikos suformuluota taisykle: Teisėjas turi

išaiškinti ir atsižvelgti į tai, ko šalys nepareiškė, tačiau būtų pareiškusios, atsižvelgiant į visos sutarties tikslą, jeigu jos būtų sureguliavusios sutartyje neaptartą sąlygą ir čia pat atsižvelgusios į sąžiningumo ir teisingumo principus bei apyvartos papročius (BGHZ 16, 71).

Sprendime, iš kurio paimta ši citata, kalbama apie atvejį, kuriame du gydytojai sutartimi susitarė pasikeisti praktikomis skirtinguose mažuose miesteliuose. Po 9 mėnesių gydytojas, kuriam nepatiko naujame miestelyje, grįžo į savo ankstesnės veiklos vietą ir pradėjo praktiką ten. Su tuo nesutiko kitas gydytojas, nes jis būgštavo, kad jo pacientai ims grįžti pas anksčiau pažįstamą kolegą. Ar įmanoma teisminiu būdu uždrausti šiam gydytojui praktikuoti? Kadangi nei mainų sutartyje, nei dipozityvinės teisės nuostatose nekalbama apie tokį uždraudimą, Vokietijos Aukščiausiasis Teismas spragą užpildė „papildomu sutarties aiškinimu", į sutartį įskaitydamas susitarimą, pagal kurį abu gydytojai esą įsipareigoję 2–3 metus nepraktikuoti vienas šalia kito.

Palyginkime toliau RGZ 131, 274; BGH NJW 1979, 1705; BGH NJW 1982, 2816. Lygiai taip pat nusprendžia Prancūzijos teismai, nors sprendimo motyvuose dažnai rašoma, kad nuostata, kuri turi užpildyti sutarties spragą, remiasi *commune intention des parties contractantes*. Jeigu, pavyzdžiui, radijas užsako radijo pjesę, paima rankraštį ir, nepareiškęs jokių priekaištų, sumoka sutartą honorarą, tokiu atveju leistina, kad teisėjas *par une interprétation rendues nécessaire par l'ambiguïté de la convention sur ce point* gali padaryti išvadą, jog radijas turi ne tik teisę, bet ir pareigą platinti pjesę, jeigu pjesės nesutinkama transliuoti (Civ.1974.4.2, Bull. I, Nr. 109). Panašiai kasacinis teismas sprendžia ir tais atvejais, kai sutartis tampa neišsami dėl to, kad tam tikras sutartinis susitarimas po sutarties sudarymo pripažįstamas negaliojančiu. Jei, pvz., šalys ilgalaike sutartimi susitarė, kad mokėtina kaina turi kilti arba kristi priklausomai nuo kainos indekso, o sutarties sąlyga dėl kainos indekso pripažįstama negaliojančia dėl to, kad toks indeksas neegzistuoja arba jo neįmanoma nustatyti, arba iš atitinkamos institucijos neįmanoma gauti leidimo tokiam indeksui nustatyti, išryškėja sutarties turinio spraga" (Civ. 1972.2.15, D. 1973, 417 su *Ghestin* pastabomis, lygiai taip pat BGHZ 63, 132, 136).

Galima ginčytis, ar, esant papildomam sutarties aiškinimui, dar kalbama apie „aiškinimą", o ne paprasčiausiai apie tai, kad teisėjas nustato taisyklę, kuri ginčytiną klausimą išsprendžia teisingai ir tinkamai. Aiškiai atskirti vieną nuo kito paprastai yra neįmanoma, tačiau tai ir nebūtina. Jokiu būdu teisėjas negali daryti išvados, kuri prieštarauja faktiniams šalių susitarimams. Jis taip pat negali papildyti sutarties nauja sąlyga vien todėl, kad ji jam atrodo protinga. Mažai jis gali pataisyti ir klaidą, kurią padarė išsiblaškiusi, lengvabūdiška arba pernelyg riziką mėgstanti šalis, sudarydama sutartį taip, kad jis šios šalies naudai, ir kartu kontrahento nenaudai, į sutartį įtraukia papildomą sąlygą, kurią būtų nustačiusi gerai pasikonsultavusi šalis, tačiau konkrečiu atveju to nebuvo padaryta. Priešingai, sutartis yra tai, ką teisėjas, kaip gražiai rašo Riperas/Boulangeris, turi „prakalbinti" (Ripert/Boulanger, *Droit civil II* [1957] Nr. 4701). Teisėjas turi vadovautis esančiais šalių susitarimais ir juos tobulinti, atsižvelgdamas į sutarties tikslą ir šalių interesus, kad nesureguliuoti klausimai būtų išspręsti ta pačia dvasia, kuri egzistavo sudarant sutartį. Teismų praktikoje kartais sakoma, kad kalbama apie bendros šalių valios išaiškinimą. Tačiau šiuo atveju omeny turima tai, kaip šalys, kaip protingi ir sąžiningi žmonės, elgtųsi, jeigu į nesureguliuotą situaciją patektų dėl trečiųjų asmenų;

todėl šia prasme, jeigu norime, galime kalbėti apie „hipotetinę šalių valią“. Tačiau papildomas sutarties aiškinimas negali vesti prie to, kad vidinė sutarties ekonomija pažeidžiama veiksmo ir priešpriešinio veiksmo pusiausvyra, kaip tai matė šalys, sujaukiama arba kad sutarties turinys išplečiamas taip, kad sudarydamos sutartį šalys to numatyti negalėjo.

IV.

Bendrojoje teisėje ginčui tarp valios ir pareiškimo teorijos jau seniai nebeskiriama tiek dvasinės energijos ir rašalo, kaip tai daroma kontinentinės teisės sistemos dogmatikoje. Nors Pothieras ir Savigny XIX a. smarkiai veikė Anglijos teisininkus, dar ir šiandien randame sutarties esmę aprašytą kaip *meeting of the minds*, kaip *consensus ad idem*, tačiau teismų praktika niekada nenukrypo nuo to, kad sandorio aiškinimas priklauso ne nuo šalių vidinės valios, o nuo to, kaip ta valia išreikšta. *Cheshire/Fifoot (-Furmson)* 28 ir kitame puslapyje rašo:

> Agreement, however, is not a mental state but an act and, as an act, is a matter of inference from conduct. The parties are to be judged, not by what is in their minds, but by what they have said or written or done. While such must be, in some degree, the standpoint of every legal system, the common law... lays peculiar emphasis upon external appearance...The function of an English judge is not to seek and satisfy some elusive mental element but to ensure, as far as practical experience permits, that the reasonable expectations of honest men are not disappointed.

Šią pagrindinę bendrosios teisės nuomonę reikia aiškinti tuo, kad angloamerikiečių teismai, aiškindami rašytinę sutartį, bando kuo ilgiau laikytis pareiškimo teksto ir tik išimtiniais atvejais įrodinėjimo procese leistinais pripažįsta liudytojų parodymus, kuriais siekiama įrodyti, kad rašytinė sutartis prieš sutarties sudarymą arba jos metu yra papildyta arba modifikuota žodiniais susitarimais: *If there be a contract which has been reduced to writing* – pasakė Lordas *Denmanas Goss* v. *Lord Nugent* (1933), 5 B & Ad. 58, 110 Eng.Rep. 713 byloje, *verbal evidence is not allowed to be given of what passed between the parties, either before the written instrument was made, or during the time that it was in a state of preparation, so as to add to or subtract from, or in any manner to vary or qualify the written contract.*

Palyginkime *Treitel* p. 176 ir kt.; *Cheshire/Fifoot* (*-Furmston*) p. 123 ir kt. Panašiai Jungtinių Valstijų teisė, plg. *Corbin* 573 str. ir kt. bei 1981 metų *Restatement Contracts 2d* 213 str. ir kt. Apie viską išsamiai *Lüderlitz*, ten pat, p. 111 ir kt.

Tačiau ši taisyklė, vadinama *parol evidence rule* (žodinių parodymų taisykle), šiandien galioja su apribojimais. Ji, pvz., netaikoma tais atvejais, kai liudytojų parodymais siekiama pagrįsti sutarties negaliojimą. Jeigu sutarties turinys yra daugiareikšmis, liudytojai gali būti apklausiami dėl aplinkybių, turėjusių įtakos sutarties sudarymui, jeigu tomis aplinkybėmis gali būti išaiškinta tikroji teksto reikšmė. Ir šios taisyklės apie rašytine forma sudarytos sutarties *rectification* (klaidos ištaisymą) gali būti traktuojamos kaip išimtis iš *parol evidence rule* (žodinių parodymų taisyklės). Tačiau kartu išlieka tai, kad liudytojų parodymų leistinumui nuolat reikia ypatingo pagrindimo ir kad tai pripažįstama taisyklės išimtimi. Jei šalys susitarimą užfiksavo raštu, jos iš esmės turi laikytis teksto ir tiktai teksto. Bendroji teisė daugiau reikšmės

teikia teisiniam saugumui, kurį garantuoja *parol evidence rule* (žodinių parodymų taisyklė), nei tam, kad sutarties šalių vidinė valia buvo kitokia, nei yra išreikšta sutartyje.

Kontinentinės teisės sistemose rašytinių susitarimų įrodomoji galia yra mažesnė. *Prancūzijos* civilinio kodekso 1341 straipsnis nustato, kad liudytojų parodymai yra negalimi, jeigu su jų pagalba turi būti įrodoma, kad prieš notarinės arba raštu užfiksuotos sutarties sudarymą, jos metu arba po jos buvo sudarytas žodinis, nuo sutarties teksto besiskiriantis, susitarimas (panašiai Italijos CK 2722 str.). Tačiau šios nuostatos taikymas praktikoje iš esmės yra apribotas. *Vokietijoje* egzistuoja prielaida, kad rašytinė sutartis teisingai ir išsamiai perteikia priimtus susitarimus. Pateikti tai paneigiančius įrodymus praktikoje yra gana sudėtinga.

Ir Anglijoje su spragomis esantys sutartiniai susitarimai papildomi tuo, kad pasinaudojama *terms implied in law* (įstatymuose numatomomis sąlygomis), taigi sutartis vertinama pagal taisykles, kurios bendrai išplėtotos sutartims ir „teisės požiūriu" galioja, jei šalys nesusitarė kitaip. Tačiau *įstatyminės* nuostatos, kurios pasiruošusios papildyti neišsamią sutartį, yra palyginti retos. Tačiau, pvz., 1979 metų *Sale of Goods Act* (Prekių pirkimo ir pardavimo įstatyme) ir 1982 metų *Supply of Goods and Services Act* (Prekių ir paslaugų įstatyme) randame normų, kurios pirkimo ir pardavimo, darbo sutartyse atlieka panašias funkcijas kaip ir Europos civilinių kodeksų dispozityvinės normos. Beje, Anglijos teisėjas laikosi tų taisyklių, kurias pirkimo ir pardavimo sutartims, pervežimo sutartims, draudimo sutartims bei kitoms svarbioms sutarčių rūšims išplėtojo teismų praktika. Jei, pvz., statybos rangos darbų sutartyje trūksta esminio susitarimo apie įmonininko statomo namo savybes, teismų praktika mano, *that it is an implied term of the contract that the work will be done in a good and workmanlike manner, that the builder will supply good and proper materials, and that the house will be reasonably fit for human habitation when built or completed.* (*Anson/Guest*, Law of Contract [1979] 139). Lygiai taip pat motorinės valties nuomotojas turi atlyginti žalą, jei jis pažeidė iš *implied term* (numatomų sąlygų) kylantį įsipareigojimą, *that the vessel hired shall be as fit for the purpose as reasonable care and skill can make it* (*Read* v. *Dean* [1949] 1 K.B.188, 193). Kas nuomoja butus penkiolikos aukštų name, tas *implied term* (numatomomis sąlygomis) nuomininko atžvilgiu laikomas įsipareigojusiu *to take reasonable care to maintain the common parts of the building in a state of reasonable repair;* todėl jis privalo atlyginti žalą, jeigu galima įrodyti, kad pagal aplinkybes jis neatliko būtino remonto ir dėl to ilgą laiką neveikė liftai ar laiptinių apšvietimas (*Liverpool City Council* v. *Irwin* [1972] A.C. 239).

Terms implied in law (Įstatymuose numatomos sąlygos) dažniausiai suprantamos taip bendrai, kad jos gali būti naudojamos visoms tam tikros rūšies sutartims. Todėl jos nesiūlo jokios pagalbos, jei šalių susitarimais nesureguliuojami specialūs atvejai, kuriems būtinas atskiras šalių susitarimas. Tokiais atvejais Anglijoje klausiama, ar neišsami sutartis gali būti papildyta *term implied in fact* (realiai numatomomis sąlygomis) (plg. *Treitel* p. 150 ir kt.). Tai yra leistina, jeigu susitarimas, kuriuo sutartis turi būti papildyta, yra toks akivaizdus, kad šalys būtų jį įtraukusios į sutarties sąlygas, jeigu tretieji asmenys apie jų trūkumą būtų nurodę jau sutarties sudarymo metu. Kartais orientuojamasi į tai, ar susitarimo papildymas yra būtinas *to give the transaction such business efficacy as the parties must have intended.*

Luxor (Eastbourne) Ltd. v. *Cooper* [1941] A.C. 108, 137 (*Lord Bowen*). Palyginkime ir *The Moorcock* (1889) 14 P.D. 64: už laivo iškrovimą atsakovas įsipareigojo prie Temzės nusidriekusį kranti-

nės skverą atiduoti ieškovo dispozicijon. Kai laivas, kaip ir numatyta, per atoslūgį užplaukė ant seklumos, jį pramušė kiaurai, nes dugnas buvo nelygus. Ieškinys buvo patenkintas, nes atsakovas, remdamasis į sutartį įskaitytomis *term implied in fact* (realiai numatomomis sąlygomis), pažeidė įsipareigojimą ieškovui laiku nurodyti, kad prieplaukoje Temzės dugnas yra nelygus arba kad jis nieko nežinojo apie jo savybes.

V.

Ginčas tarp „valios teorijos" ir „pareiškimo teorijos" anksčiau galėjo (Europos žemyne labiau nei Anglijoje) vaidinti svarbų vaidmenį. Sutarčių išaiškinimų klausimui šiandien jis nebeturi jokios praktinės reikšmės, nes esama vieningos nuomonės, kad pareiškimui negalėtų būti teikiama ta reikšmė, kurią jam sudarant sutartį suteikė arba šiandien suteikia oferentas arba akceptantas. Priešingai, svarbiausia yra ta reikšmė, kurią pareiškimui suteiktų protingas žmogus, kurį turėtume įsivaizduoti taip, jog jis yra pareiškimo gavėjo situacijoje ir, atsižvelgdamas į pareiškimo pažodinį tekstą bei kitas esmines ir jam matomas aplinkybes, turi suformuluoti sprendimą apie pareiškimo turinį. Taip formuluoja ir Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 8 straipsnis. Išaiškinimas priklauso nuo pareiškėjo valios tik tada, „jeigu kita šalis apie šitą valią žinojo arba apie tai negalėjo nežinoti" (1 str.). Jei tai, paprastai, veda ne prie tikslo, pareiškimas išaiškinamas taip, „kaip tai suprastų tokios pat rūšies protingas asmuo, kaip ir kita šalis, esant toms pačioms aplinkybėms"(2 str.); kartu „atsižvelgiama į visas esmines aplinkybes, ypač į derybas tarp šalių, tarp jų atsiradusius įpročius, papročius ir vėlesnį šalių elgesį" (3 str.).

Panaši nuostata randama UNIDROIT išplėstuose „Tarptautinių komercinių sutarčių principuose" (perspausdinta Am.J.Comp.L. 40 [1992] 703). Šio veikalo 4.1 str. 1 d. rašoma, kad *a contract shall be interpreted according to the parties' common intention*, tačiau tik tada, *if such intention can be established.* Jei tai neįmanoma, sutartis išaiškinama *according to the meaning which reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances* (2 str.). „Principų" 4.2 straipsnyje randame tą pačią nuostatą kaip ir Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 8 straipsnyje. Su spragomis esančios sutarties papildymo klausimą nustato 4.7 straipsnis: *Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances is supplied.*

31. SUKLYDIMAS, APGAULĖ, GRASINIMAS

Amorth, Errore e inadempimento nel contratto (1967); *Atiyah/Bennion*, Mistake in the Construction of Contracts, Mod.L. Rev.24 (1961) 421; *Cartwright*, Unequal Bargaining, A Study of Vitiating Factors in the Formation of Contracts (1991); *Dawson*, Economic Duress, An Essay in Perspective, Mich.L.Rev. 45 (1947) 253; *Drexelius*, Irrtum und Risiko, Rechtsvergleichende Untersuchungen und Reformvorschläge zum Recht der Irrtumsanfechtung (1964); *Eisenberg*, The Bargain Principle and Its Limits, Cal.L.Rev. 95 (1982) 323; *Ghestin*, La notion d'erreur dans le droit positif actuel (1971); *Goodhart*, Mistake As To Identity in the Law of Contract, L.Q.Rev. 57 (1941) 228; *Gow*, Mistake and Error, Int.Comp.L.Q. 1 (1951) 472; *Hall*, New Developments in Mistake

of Identity, Camb.L.J. 1961, 86; *Henrich*, Unbewusste Irreführung, AcP 162 (1963) 88; *Hoff*, Error in the Formation of Contracts in Louisiana, A Comparative Analysis, Tul.L.Rev. 53 (1979) 329; *Kempermann*, Unlautere Ausnutzung von Vertauensverhältnissen im englischen, französichen und deutschen Recht (1975); *Lawson*, Error in substantia, L.Q.Rev. 52 (1936) 79; *Legrand*, Pre-Contractual Disclosure and Information: English Law and French Law Compared, Oxf.J.Leg.Stud. 6 (1986) 322; *Litvinoff*, „Error" in the Civil Law, atspausdinta: Essays on the Civil Law of Obligations (leidėjas Dainow, 1969) 222; *Malinvaud*, De l'erreur sur la substance, D.1972 Chron. 215; *Nicholas*, The Pre–Contractual Obligation to Disclose Information, English Report, atspausdinta: Contract Law Today, Anglo-French Comparisons (leidėjas Harris/Tallon, 1989) 166; *Palmer*, Mistake and Unjust Enrichment (1962); *Rodière* (leidėjas), Les vices du consentement dans le contrat (1977); *Rollin*, Irrtum und Reurecht, Hamburger Dissertation (1964); *Schmidlin*, das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht, ZSR 89 (1970) 225; *van Rossum*, Defects of Consent and Capacity in Contract Law, Towards a European Civil Code (leidėjas Hartkamp ir kt. 1994) 135; *v.Schwind*, Der Irrtum im Verkehrsrecht des ABGB und BGB, JherJb. 89 (1941) 119; *Smith*, Error in the Scottish Law of Contract, L.Q.Rev. 71 (1955) 507; *Vivien*, De l'erreur déterminante et substabtielle, Rev.trim.civ. 91 (1992) 305; *Waddams*, Pre-Contractual Duties of Dislosure, Essays for Patrick Atiyah (leidėjas Cane/Stapleton, 1991) 237; *Zweigert ir kt.*, Der Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über die materielle Gültigkeit internationaler Kaufverträge über bewegliche Sachen, RabelsZ 32 (1968) 201, 342.

I.

Visos teisės sistemos sutinka su tuo, kad ne kiekvienas suklydimas, kuris įsivėlė kažkam darant pareiškimą, suteikia pareiškėjui teisę atvirai atsisakyti nuo išreikštos valios padarinių. Kita vertus, niekas neabejoja, kad tam tikrais, būtinai išimtiniais, atvejais klystantysis savo suklydimo riziką gali perkelti priešingai sutarties šaliai, nors ši, pasitikėdama pareiškimo galiojimu, nusivils. Tačiau klausimas, kur yra riba tarp teisiniu požiūriu esminių ir neesminių suklydimų, yra tiek senas, kiek ir pilnas skirtingų nuomonių.

Problemos kyla dėl to, kad iš tiesų yra gausybė požiūrių, kurie suklydimo atvejais gali būti pagrįstai naudojami. Tarkime, pardavėjas, pardavęs kinišką vazą už labai mažą kainą, mano, jog jis skiriasi su vidutiniu vietinio verslo produktu. Pardavus vazą išaiškėja, kad tai buvo rinktinis meno kūrinys iš imperatoriaus Mingo laikų, kurio vertė tūkstančiai markių. Ar tokiu atveju pardavėjas dėl vertės skirtumo turi anuliuoti sutartį ir, atsižvelgdamas į savo suklydimą, gali pareikšti ieškinį dėl vazos grąžinimo? Ar yra skirtumas, jeigu pardavėjas pats turėjo specialių žinių, kad teisingai įvertintų vazos kainą, ir to neatliko tik dėl lengvabūdiško nerūpestingumo? O gal tai turėtų šiek tiek priklausyti nuo to, kad pirkėjas tikrąją vazos vertę sužinojo slapčia ir ar iš viso ją galėjo sužinoti? Kaip būtų tuo atveju, jei sutarties šalys buvo patyrę Rytų Azijos ekspertai? Ar svarbu tai, kad pirkėjas, pasitikėdamas pirkimo ir pardavimo sutarties galiojimu, vazą restauruoja, dideles pinigų sumas investuoja jos kilmei išsiaiškinti, o esant dideliam visuomenės suinteresuotumui ją siūlo pirkti arba jau pardavė ir pristatė pirkėjui? Kaip tuo atveju, jei pirkėjas, veikdamas įsitikinęs savo teisumu, pardavėjui užtikrino, kad kalbama apie vidutinę vazą, o pardavėjas, remdamasis šiuo pareiškimu, buvo pasiruošęs sudaryti sutartį? Ar pardavėjas gali reikalauti vazos ir tuo atveju, jei pirkėjas pasisiūlo tučtuojau sumokėti vertės skirtumą?

Akivaizdu, kad negali būti paprasto kriterijaus, pagal kurį būtų galima nuspręsti, kada aprašytais atvejais klystanti šalis turi teisę atsisakyti sutarties ir kada ne. Vis dėlto šiuo klausimu yra dvi vyraujančios nuomonės. Viena nuomonė remiasi „valios teorija": pagal ją tikroji teisinio pripažinimo ir sutartinių įsipareigojimų įvykdymo priežastis slypi tame, kad įsipareigojusi šalis savo įsipareigojimo pati norėjo; todėl svarbu tai, ar ši valia susiformavo be trūkumų. Valia laikoma turinti trūkumų, jeigu ji paveikta suklydimo (apgaulės ar grasinimo). Šiais atvejais kalbame apie „valios" trūkumus, kuriais remdamasi šalis gali vadovautis sutarties negaliojimu arba apskųsti sutartį.

Šios minties silpnoji vieta yra ta, kad ji nepakankamai atsižvelgia į klystančios šalies interesus. Tai yra tie interesai, kuriais savo poziciją grindžia priešingos šalies advokatas. Vadovaujamasi mintimi, kad kiekvienas komercinės ir ūkinės veiklos dalyvis, pareiškęs tam tikrą pareiškimą, kartu turi prisiimti riziką, susijusią su tuo, jog šio pareiškimo turinys neatitinka tikrovės. Tai jo teisė kitą šalį supažindinti su savo pareiškimu ir sudaryti su ja susitarimą, pagal kurį sutartis galios tik tuo atveju, jei paskelbtas pareiškimas yra teisingas. Jei tokio susitarimo nesudaroma, šalis nebus susieta savo pareiškimu. Jei ji galėtų remtis savo suklydimu ir taip suabejoti sutarties galiojimu, iš esmės būtų pažeistas komercinės ir ūkinės apyvartos stabilumas. Todėl šiuo požiūriu sutarties apskundimas teisinantis suklydimu, išimties tvarka gali būti leistinas, žinoma, tik tada, jeigu kitos šalies pasitikėjimas sutarties galiojimu dėl ypatingų priežasčių nenusipelno apsaugos.

Šį klausimą norėdami išspręsti pagal tam tikrus kriterijus, panagrinėsime kelių valstybių taisykles dėl suklydimo, kad teisės lyginamuoju požiūriu įvertintume bendrą situaciją. Pirmiausia prieš skliaustelius turi būti iškeltos dvi bendrosios problemos.

Klausimą, ar sutarties šalis dėl suklydimo gali atsisakyti sutarties, galima iškelti tik tada, jeigu nustatyta, kad sutartis apskritai sudaryta. Tai pabrėžtina todėl, kad dėl suklydimo sutartis nebus laikoma sudaryta. Žinoma, toks atvejas retas. Jis neegzistuoja, jei oferento siūlymas buvo sumanytas kitaip, nei suprastas akceptanto. Šiuo atveju kiekviena šalis klysta dėl kontrahento teikiamo pareiškimo prasmės. Tačiau sutartis bus laikoma sudaryta. Kadangi sutarties sudarymui esminės reikšmės neturi tai, ką šalys turėjo galvoje duodamos paaiškinimus ir ar šie paaiškinimai sutapo, t.y. ar buvo tarpusavio „valių sutapimas", tikrasis *consensus ad idem*, *meeting of the minds*. Priešingai, išaiškinimu nustatoma, ar šalių pareiškimas sutampa savo objektyviąja prasme, taigi su aplinkybėmis susipažinusio protingo trečiojo asmens požiūriu. Ir tik tada, jeigu taip bus patikrintas sutarties sudarymas, gali būti patikrinta, ar ji gali būti apskųsta dėl suklydimo. Jeigu išaiškinimu negalima pasiekti vienareikšmiško rezultato, nes šalių pareiškimai protingo stebėtojo požiūriu objektyviai yra daugiareikšmiai, sutartis nelaikoma sudaryta.

Apie tokį (retą) atvejį galėjo būti kalbama žymiajame Anglijos sprendime *Raffles* v. *Wichelhaus* (1964) 2H. & C.906, 159 Eng.Rep. 375 byloje. Ieškovas pardavė atsakovui 125 ryšulius medvilnės *to arrive ex 'Peerless' from Bombay*. Prekėms laivu, pavadintu šiuo vardu, gruodyje pasiekus Liverpulį, atsakovas atsisakė jas paimti. Į ieškovo pateiktą ieškinį dėl žalos atlyginimo atsakovas atsikirto tuo, kad jis (tai galį įrodyti liudytojai) galvojęs, jog medvilnė bus pristatyta kitu to paties pavadinimo laivu, kuris Bombėjų paliko anksčiau, ir į Liverpulį atvyko jau spalio mėnesį. Teismas šią gynybą laikė pakankama ir todėl leido atsakovui remtis liudytojų parodymais. Nėra aišku, koks sprendimas pagaliau buvo priimtas byloje. Jeigu tartume, kad pagal teisminio tyrimo rezultatą ir

protingas žmogus negalėtų galutinai pasakyti, dėl kurio laivo tuo pačiu vardu šalys susitarė, sutartis būtų pripažinta nesudaryta.

Praktiškai labai svarbus klausimas, ar pirkėjas, kuriam prekė buvo pristatyta su defektais, gali atsisakyti nuo pirkimo ir pardavimo sutarties motyvuodamas tuo, kad sutarties sudarymo metu jis buvęs suklaidintas dėl perkamojo daikto savybių. Paprastai tokiu atveju pirkėjas sutartį nutrauks, nes pardavėjas sutartį pažeidė būtent patiekęs prekę, neatitinkančią sutartyje numatytų savybių. Tačiau dažnai pirkėjui nepriklauso reikalavimas dėl sutarties pažeidimo, nes jis neparašo pretenzijos arba praleidžia terminą, per kurį galėjo pareikšti šį reikalavimą. Šiuo atveju jis turėtų būti suinteresuotas grįžimu prie suklydimo taisyklių. Ar tai yra leistina?

Vokietijos teismų praktikoje į šį klausimą ryžtingai atsakyta neigiamai (BGHZ 34, 32), Prancūzijos teismų praktikoje – tai neigiamai, tai teigiamai (plg. Civ. 1981.2.11, J. C.P. 1982.II.19758 su *Ghestino* pastabomis; Civ.1988.6.28, D.1989, 450 su *Lapoyade'o Deschampo* pastabomis), Šveicarijoje – atsakyta ryžtingai teigiamai. Šveicarijos federalinis teismas savo naujausiame sprendime (BGE 114 II 131) leido pirkėjui, kuris neteko teisėtų pirkimo reikalavimų dėl Šveicarijos PK 210 straipsnyje numatyto termino praleidimo, remtis suklydimu dėl perkamojo daikto savybių, nes „paprastos pirkimo ir pardavimo sutarties su techniniu plėtojimusi ir bendrosiomis tendencijomis reikšmė ir funkcijos pasikeitė į masinę sutartį, dėl ko pirkėjas labiau nei įprastai pasirodo kaip apsaugos verta dalis, jeigu jis blogai aptarnautas“ (ten pat, p. 138). Šis motyvas, tiesa, prastai dera su tuo, kad sprendime buvo kalbama apie brangaus paveikslo pirkimą, taigi, savaime suprantama, ne apie „masinę sutartį“ ir ne apie pirkėjus, kurių apsauga ypač turėtų rūpėti teisės sistemai. Beje, prieštaraujama tuo atveju, jeigu manoma, kad terminai, per kuriuos turi būti pareikšti reikalavimai dėl pirkimo ir pardavimo sutarčių, turėtų būti pratęsiami. Tam, žinoma, yra priežasčių, – problemą reiktų spręsti ten, kur ji kyla, būtent pirkimo ir pardavimo teisės institute, o ne skundžiant sutartį dėl suklydimo. Jeigu kalbama apie tarptautinę pirkimo ir pardavimo sutartį, kuri išvedama iš 45 ir kitų straipsnių (39 str.) ir vertinama pagal Tarptautinės prekybos teisės konvencijos nuostatas, pirkėjas, netekęs teisės pareikšti reikalavimą, negali remtis (nacionalinėmis) nuostatomis dėl suklydimo. Tarptautinės prekybos teisės konvencijos nuostatos apie pirkėjo teises pristatant nekokybiškas prekes laikomos *lex specialis*. Plg. v. *Cammerer/Schlechtriem (-Huber)* 45 str. UN – Kaufrecht Rn.50, 54; *P.Huber*, UN – Kaufrecht und Irrtumsanfechtung: ZEuP 2 (1994) 585 ir išsamiai *Flesch*, Mängelhaftung und Beschaffenheitsirrtum beim Kauf (1994).

II.

Vokietijos civilinio kodekso taisyklė, įtvirtinta 119 straipsnyje, grindžiama Savigny išplėtota idėja. Jis mokė, kad reiktų skirti stadiją, kai viena šalis suformuoja valią sutarčiai sudaryti, nuo kitos stadijos, kurioje šalis valią pakeičia į pareiškimą: jeigu kas nors suklysta jau formuojantis valiai, bus kalbama apie teisiškai dėmesio nevertą suklydimą dėl motyvo. Priešingai, teisę apskųsti turi tik ta šalis, kurios tinkamai susiformavusi valia aplinkiniams buvo išreikšta neteisingai. Todėl pagal Vokietijos CK 119 str. 1 d. apskųstas gali būti pareiškimas, kurio pareiškėjas tokio turinio „apskritai nenorėjo teikti“, pavyzdžiui, tuo atveju, jeigu teikdamas pareiškimą jis apsiriko kalbėdamas arba rašydamas *(Erklärungsirrtum)*. Pagal Vokietijos CK 119 str. 1 d. apskųsti gali ir tas, kuris nors pasakė ar parašė tai, ką norėjo pasakyti

ar parašyti, tačiau savo pareiškimui suteikė visai kitą prasmę, nei jai skyrė ar galėjo skirti kita šalis *(Inhaltsirrtum).*

Jei kas nors gimtadienio šventei norėjo nupirkti 10 butelių mineralinio vandens, gali apskųsti, jei užsakydamas apsiriko ir per neapsižiūrėjimą užsakė 100 butelių; tačiau apskundimo teisės nėra, jei kažkas užsakė 10 butelių mineralinio vandens, klaidingai manydamas, jog jo svečiai abstinentai. Tačiau ne taip lengva nubrėžti skirtumą: jei testatorius paskiria „įstatyminį įpėdinį", tačiau galvoja apie įstatymais numatytą paveldėjimo tvarką, kuri jau nebegalioja, pagal Vokietijos CK 119 str. 1 d. būtume suklydę dėl turinio (RGZ 70, 391, 394), lygiai taip pat, jeigu laiduotojas klaidingai spėja, kad kreditoriaus reikalavimas yra užtikrintas daiktine teise (RGZ 75, 271). Jei kas nors perka vyno rūšį, manydamas jame esant 1000 butelių, nors iš tiesų yra tik 850, tokiu atveju, pagal Staudinger-Dilcher, *Bürgerliches Gesetzbuch* (1980) Vokietijos CK 119 str. pastabą 20 – esame suklydę dėl turinio. Iš to darytina išvada, jog pirkėjas turi teisę kreiptis į teismą nepriklausomai nuo to, kad pagal protingą sutarties aiškinimą neteisingo skaičiavimo rizika turėtų tekti jam, o ne pardavėjui.

Vokietijos praktikoje klausimas, ar kalbama apie dėmesio nevertą suklydimą dėl motyvo, ar apie atvejus, nurodytus Vokietijos CK 119 str. 1 d., yra nelabai svarbu, nes pagal Vokietijos CK 119 str. 2 d. suklydimas, nesvarbu, ar suklydimas dėl motyvo, ar ne, suteikia teisę apskųsti, jeigu klystama dėl asmens arba daikto savybių, „kurios apyvartoje pripažįstamos esminėmis". Žvilgsnis į teismų praktiką rodo, kaip sukonkretinama pagrindinė išlyga.

Kiniškos vazos pardavimo atveju, minėtu aukščiau, Imperijos Teismas leido apskųsti suklydimą dėl esminės savybės (RGZ 124, 115). Svarbus yra ir žemės sklypo pirkėjo suklydimas, esą jis, kaip savininkas, galįs uždrausti kaimyninio žemės sklypo užstatymą (RGZ 61, 84), lygiai taip pat pirkėjo suklydimas dėl kredito įvertinimo, jeigu kalbama apie kredito sandorį (RGZ 66,385). Netgi įvaikinimas, Vokietijos teisėje sukurtas kaip (teismo patvirtinta) sutartis, seniau galėjo būti apskųstas motyvuojant esminiu suklydimu, jeigu vėliau paaiškėjo, kad įvaikintasis įvaikinimo momentu turėjo nepastebimų blogų savybių, kurios nėra pašalinamos auklėjimo priemonėmis (RGZ 147, 310; 152, 228; plg. dabar Vokietijos CK 1760 str.). Tačiau sąvokai „esminės savybės" priklauso „tik tokie faktiniai ir teisiniai santykiai, kurie patys apibrėžia objektą, o ne aplinkybes, kurios tik netiesiogiai gali veikti jo įvertinimą" (BGHZ 16, 54,57). Todėl parduoto žemės sklypo esminė savybė neturėtų būti ta, kad jis nepriklauso pardavėjui (BGHZ 34, 41) arba kad jo vertė mažesnė nei pirkėjas galvojo esant, sudarydamas sutartį (RG HRR 1932, Nr. 224, nuolatinė teismų praktika).

Šioje taisyklėje visiškai neatsakoma į klausimą, ar suklydimas buvo padarytas dėl ar be kaltės, kitai sutarties šaliai pastebimas ar jos, nors ir be blogų ketinimų, įtakotas.

Labai originalų ir teisine politine prasme simpatingą sprendimą pateikia *Austrijos* civilinis kodeksas. „Suklydimas dėl pagrindo" iš esmės paskelbtas nevertu dėmesio (Austrijos CK 901 str. 2 d.). Panašiai kaip ir Vokietijos civiliame kodekse, svarbus yra tas suklydimas, „kuris susijęs su sutarties objektu arba esmine jo savybe, t.y. nukreiptas į pirminę šalių valios išraišką" (Austrijos CK 871 str.). Ir klystančioji šalis suklydime dėl pagrindinio sutarties objekto savo pareiškimą gali apskųsti tik tada, jeigu jai papildomai pavyksta įrodyti, jog buvo viena iš trijų aplinkybių: kad kitas arba *veikė* suklydimą, arba kad suklydimas kitam turėjo *akivaizdžiai kristi į akis* iš aplinkybių, arba kad suklydimas galų gale „dar laiku" *išaiškintas.*

Suklydimo *priežastis* pagal teismų praktiką dar nereiškia nei tyčinio, nei neatsargaus suklaidinimo; priešingai, užtenka klaidos atsiradimą veikusio elgesio. Ir tylėjimas gali „veikti" suklydimą Austrijos CK 871 straipsnio prasme, ir būtent tada, jeigu klystantysis pagal elgesio normas galėjo vadovautis tam tikrų, sandorio turinį nagrinėjančių, aplinkybių buvimu, o priešinga šalis privalėjo nurodyti jo spėliojimų klaidingumą.

Austrijos Aukščiausiasis Teismas vienoje byloje, kurioje namo pirkėjas klaidingai manė, kad namas pastatytas masyviu statybos būdu, pripažino teisę pareikšti ieškinį. Iš sutarties sudarymo aplinkybių teismas padarė išvadą, kad pardavėjas privalėjo nurodyti, jog namas pastatytas kitokiu būdu. Todėl pirkėjo suklydimas buvo „paveiktas", ir apskundimas leistinas (OGH 1955.4.20, SZ 28 Nr.103).

Suklydime dėl esminio sutarties objekto apskundimas yra leistinas, jeigu bus įrodyta, kad kita sutarties šalis klaidą *pastebėjo* ar panaudojus santykiams būdingą atidumą *turėjo pastebėti*. Vietoje to klystantysis gali įrodyti, kad jis „dar laiku" *išaiškino* klaidą, t.y. kita sutarties šalis apie ją buvo informuota. „Dar laiku" reiškia: tam tikrą laiko tarpą, per kurį kita sutarties šalis dar neveikė pasitikėdama klystančiojo pareiškimu, taigi, pvz., dėl sutarties įvykdymo neturėjo išlaidų (plg. OGH 1951.10.31, SZ 24 Nr.288). Taigi jeigu pardavėjas klydo dėl parduotojo daikto savybės, jis daugiau negali skųsti, nors kalbama apie „esminę" savybę Austrijos CK 871 straipsnio prasme, jei pirkėjas daiktą perpardavė ar išnuomojo, įsikėlė į nupirktą namą, savo įmonę pritaikė prie nupirktų įrengimų. Kitaip tik tuo atveju, jeigu pardavėjas gali įrodyti, jog pirkėjas klaidą pastebėjo ar jai darė įtaką.

Palyginkime Rummel *Kommentar zum* ABGB I (1983) § 871 Rn.17. – Byloje OGH 3.3.1932, SZ 14 Nr.40 kreditorius, gavęs dalinį mokėjimą, pareiškė klydęs, jog prievolė įvykdyta visiškai. Teismas šiuo atveju pripažino teisę į ieškinį. Nors pagal bylos aplinkybes suklydimas skolininkui neprivalėjęs kristi į akis. Tačiau „įstatymas nori, kad klystantysis nebūtų susietas su savo klaidingu pareiškimu, jeigu pareiškimo gavėjui, kuris jį pagal pasitikėjimo teoriją galėjo laikyti teisingu, apie klaidą buvo išaiškinta prieš tai, kol jis pradėjo veikti arba ruoštis pasitikėdamas pareiškimu."

Kitaip nei Vokietijos civilinė teisė (Vokietijos CK 122 str.), Austrijos teisė pareiškimo adresatui nesuteikia galimybės pareikšti reikalavimo dėl „pasitikėjimo žalos" atlyginimo. Šiuo atveju motyvuojama tuo, kad suklydimo apskundimo apribojimai Austrijos teisėje leidžia tokį reikalavimą laikyti nepagrįstu, kadangi tik retais atvejais skundą gali pareikšti pareiškimo adresatas, kuris nepatyrė didelės žalos arba dėl suklydimo pažinimo ar poveikio jam nenusipelno pasitikėjimo apsaugos.

Ir *Šveicarijos* teisė vadovaujasi atskyrimu tarp suklydimo dėl motyvo ir suklydimo dėl sandorio, o Šveicarijos PK 23 straipsnyje vertu dėmesio pripažįstamas tik esminis suklydimas, Šveicarijos PK 24 str. 2 d. suklydimas dėl motyvo pripažįstamas neesminiu. Žinoma, iš pirmo žvilgsnio atrodo, kad, sukonkretindama „esmingumo" požymį, Šveicarijos teisė eina toliau, nei Vokietijos, kadangi ji iš arčiau apibrėžia keturis atvejus, kuriuose suklydimas turėtų būti pripažįstamas esminiu: prie jų visų pirma priskiriami suklydimai dėl sandorio rūšies, sutarties šalies identiškumo bei sutarties objekto, kuriuose mes nesunkiai atpažįstame romėnų *errores in negotio, in persona* ir *in objecto*. Esminiu yra pripažįstamas suklydimas, jei kažkas kur kas daugiau pažadėjo ar kur kas mažiau išsiderėjo, „nei buvo jo valia".

Pavyzdį tokiam suklydimui dėl kiekio (Šveicarijos PK 24 str. 1 d. 3 p.) randame BGE 105 II 23: juvelyrui, kuris žiedą norėjo parduoti už 13 800 Šveicarijos frankų, tačiau per apsirikimą vitrinoje nurodė 1380 Šveicarijos frankų kainą, pagal Šveicarijos PK 24 str. 1 d. 3 p. buvo suteikta apskundimo teisė po to, kai pirkėjas už žiedą sumokėjo 1380 Šveicarijos frankų ir jį gavo. Tačiau pagal Šveicarijos PK 26 straipsnį žalą privalėjo atlyginti juvelyras, nes suklydimas buvo padarytas dėl jo nerūpestingumo.

Pagaliau esminiu pripažįstamas suklydimas, „susijęs su tam tikromis aplinkybėmis, kurios, atsižvelgiant į sąžiningumo ir teisingumo kriterijus komerciniuose santykiuose, pripažįstamos esminiu sutarties pagrindu" (Šveicarijos PK 24 str. 1 d. 4 p.). Šis „suklydimas dėl pagrindo" iš 24 straipsnyje įvardytų „esminių" suklydimų praktikoje yra svarbiausias. Jo prielaidas įstatymų leidėjas apibūdina tik labai nekonkrečiais išsireiškimais; tai apskritai yra Šveicarijos teisės stiliaus požymis – sunkių klausimų sprendimą *renvoi* perleisti teisėjui. Kad ir kaip būtų, pripažįstama, kad „suklydimo dėl pagrindo" nėra, jeigu kažkas klaidingai mano esant tam tikras aplinkybes ir tik jis pats suteikia joms svarbią reikšmę. Priešingai, pagal teismų praktiką „suklydimui dėl pagrindo" būtinas „klaidingas įsivaizdavimas", kuris abiem šalims neišvengiamai sąmoningai ar nesąmoningai ir esant objektyviam stebėjimui buvo būtina prielaida sutarties sudarymui".

Taip yra BGE 113 II 25, 27; plg. BGE 109 II 322; BGE 79 II 272; BGE 55 II 189. Ir kitos teisės sistemos sutartį leidžia atšaukti dėl „bendro suklydimo". Olandijos CK 6:228c straipsnis leidžia pareikšti ieškinį, „jei kita sutarties šalis, sudarydama sutartį, vadovavosi tuo pačiu neteisingu įsivaizdavimu kaip ir klystantysis". Bendrojoje teisėje tokiais atvejais leidžiama atsisakyti sutarties dėl *common mistake* (bendros klaidos). Vokietijos CK nereguliuoja bendro suklydimo atvejo. Teismų praktika panaikina šią spragą, šiuo atveju naudodama taisykles apie „sandorio pagrindo išnykimą". Plg., pvz., BGH NJW 1976, 565 (bendras suklydimas dėl sutartimi numatytos licencijuoto futbolininko teisės žaisti); BGH NJW 1987, 98 (bendras suklydimas dėl pirmumo teisės pirkti nebuvimo trečiojo asmens naudai); BGH NJW 1990, 567 (bendras suklydimas dėl išnuomotame restorane siekiamos apyvartos).

Kas apskundžia sutartį dėl suklydimo, priešingai, šaliai turi atlyginti žalą tik tuo atveju, jei suklydimas rėmėsi nerūpestingumu; dėl to teisėjas, jei jis tai laiko teisinga, gali priteisti daugiau, nei jai priklauso (Šveicarijos PK 26 str.). Šia taisykle nuosekliai vykdomas mokymas apie *culpa in contrahendo*, tai yra atsakomybei pritariama tik esant kaltei. Atsižvelgiant į specifinę riziką, kuri nekalto suklydimo atveju neigiamus padarinius perkelia priešingai šaliai, ši taisyklė kelia abejonių.

III.

Jei atkreipsime dėmesį į romanų teisinę erdvę ir pirmiausia į Prancūzijos teisę, pastebėsime, kad Prancūzijos CK taisyklės dėl suklydimo rečiau nei Vokietijos, Austrijos ar Šveicarijos teisėje teisėjui į rankas duoda kokį nors tvirtą kriterijų. Pagal Prancūzijos CK 1110 straipsnį suklydimas vertas dėmesio, jei jis susijęs su reikalo esme *(la substance même de la chose)*. Tačiau Prancūzijos teismų praktika greitai nebekreipė dėmesio į per siaurą direktyvos pažodi-

nę reikšmę ir jau seniai leidžia pasitenkinti suklydimu dėl *la substance même de la chose* kaip suklydimu, kuris nagrinėja vien tik *qualités substantielles de la chose*. Todėl pirkėjas gali apskųsti sutartį motyvuodamas suklydimu, jei jis mano perkąs sklypą, kuriame gali būti atliekamos statybos, o vėliau išaiškėja priešingai (Civ.1964.3.2), Bull. I, Nr. 122) arba sutartyje nurodomas nesusitartas plotas (Civ.1981.12.15, D.S. 1982I.R.164). Lygiai taip pat nuspręsta, jeigu parduotas paveikslas ne to dailininko, kuris turėtų būti autorius (Civ.1970.10.20, J.C.P. 1971.II.16916 su *Ghestin* pastabomis) arba, jeigu kaip tikri parduoti perlai yra užauginti (Req.1929.11.5, S. 1930.1.180). Suklydimu dėl *qualité substantielle* gali remtis įpėdinis, kuris atsisakė palikimo, klaidingai manydamas, jog jis dėl atsisakymo tenka tam tikram trečiajam asmeniui (Civ.1960.6.15, J.C.P. 1961.II.12274), lygiai taip pat draudėjas, kuris spalio 15 dieną nutraukė nuo spalio 1 dienos galiojančią draudimo sutartį nežinodamas, kad jis neteko reikalavimo dėl spalio 9 dieną atsiradusios žalos atlyginimo, apie kurią sužinojo tik po daugelio mėnesių (Civ. 1986.2.25, Bull. I, Nr. 40). Pardavėjas, pigiai pardavęs paveikslą, kuris vėliau pasirodė esąs žinomo kūrėjo darbas, taip pat turi teisę panaikinti sutartį.

Palyginkime žymiojoje *affaire du Poussin* byloje paskelbtus sprendimus Civ.1983.12.13, D. 1984, 940 su *Aubert* pastabomis ir Versailles 1987.1.7, J.C.P. 1988.II.21121 su *Ghestin* pastabomis. Palyginkime ir Civ.1992.5.25, J.C.P. 1992.IV.2129: tas, kuris nuperka dailininko Fragonardo paveikslo kopiją už 55 tūkstančius Prancūzijos frankų, ir kai, atliekant restauravimo darbus, išaiškėja, jog tai yra originalas, kurį savininkas perparduoda Luvrui už 5,15 milijono Prancūzijos frankų, turi taikytis su pardavėjo apskundimu dėl suklydimo, tačiau nepagrįsto praturtėjimo požiūriu gali reikalauti 1,5 milijono Prancūzijos frankų išlaidoms atlyginti (!) Palyginkime „kantaro sprendimą“, kurį priėmė Olandijos *Hoge Raad* (N.J. 1960, Nr. 59). Per žemkasės darbus Maso upėje rasta metalinė taurė. Pirkėjui atlikus varginančius tyrimus, išaiškėja, jog tai neįkainojamos vertės romėnų kantaras iš antrojo šimtmečio po Kristaus gimimo. Šiuo atveju pardavėjo rėmimasis savo suklydimu atmestas, žinoma, teisėtai. Nes aiškinant daiktų, kurie galbūt turi didelę meninę ir istorinę vertę, kilmę egzistuoja bendras interesas. Tokio daikto pirkėjui nebūtų paskata išleisti pinigus, kad būtų nustatyta daikto kilmė, jeigu jis žinotų, kad daiktą privalės grąžinti pardavėjui tuo atveju, jei tyrimai būtų sėkmingi.

Visi šie atvejai gali sudaryti įspūdį, kad kiekvienas suklydimas, jei jis nėra mažareikšmis, gali būti apskųstas. Tačiau Prancūzijos teismų praktika išplėtojo taisykles, kurios apriboja sutarties apskundimo teisę dėl savybių suklydimo ir taip nori atsižvelgti į kitos sutarties šalies interesus.

Tokiu atveju suklydimas dėmesio vertas tik tada, jeigu, sudarant sutartį, klystančiajam jis turėjo lemiamos įtakos *(motif principal ou determinant)*.

Suklydimas pripažįstamas turinčiu lemiamos įtakos tada, jeigu nesant suklydimo klystantysis sutarties apskritai, ir esant kitoms sąlygoms, nebūtų sudaręs. Taigi jeigu kas nors laiduoja klaidingai spėdamas, kad kreditoriaus reikalavimas esąs garantuotas daiktine teise, kuri jam turėtų pereiti, remdamasis šiuo suklydimu jis negali atsisakyti laidavimo, jei procese išaiškėtų, kad jis ir dėl kitų priežasčių buvo suinteresuotas laidavimu (Req.1898.3.16, D.P. 1898. 1. 301). Žinoma, klystantysis negali manyti, kad objektyviai žiūrint juokinga detalė jam yra sutarties sudarymo *motif determinant*. Dėmesio vertas suklydimas yra tuo atveju, jei kažkas mano įsigijęs Rubenso paveikslą, o iš tiesų gauna kito dailininko drobę (Paris, 1950.2.22,

D.1950, 269); kitaip bus tuo atveju, jeigu kažkas pripažįsta, jog jam pristatytas Delacroix, tačiau pirkėjas priekaištauja (tuo jis ir vadovavosi sudarydamas pirkimo ir pardavimo sutartį), jog paveikslas nekabėjo ant dailininko miegamajo sienos (Trib.civ. Seine, 8.12.1950, D.1951, 50; palyginkime panašų atvejį *Trib. paix Nantes* 1947.1.23, 220 ir Civ.1972.1.26, D. 1972, 517).

Toliau Prancūzijos teismų praktika atitinkamai atmeta sutarties nutraukimo teisę, jeigu suklydimas klystančiajam buvo vien motyvas sutarčiai sudaryti. Šiai nuomonei atstovauja ir literatūra, ypač *Ghestinas* (Nr.401): suklydimas dėl *qualité substantielle* yra esminis tik tada, jeigu jis remiasi akivaizdžia ar tylėjimu *aptarta* ypatybe *(une qualité expressément ou tacitement convenue)*. Ta pati idėja vyrauja formuluotėje, pagal kurią klaidingos vienos šalies prielaidos ar lūkesčiai gali būti skundo motyvas tik tais atvejais, jeigu jie yra sutarties dalis *(sont entrées dans le champ contractuel)*.

Jei daikto savininkas sudaro draudimo sutartį dėl daikto sužalojimo rizikos ir preziumuoja, kad uzufruktuarijus mokės įmokas arba jam atlygins šių įmokų dydį, tuo atveju jis, jeigu prielaida remiasi suklydimu, sutarties apskųsti negali, nes *les motifs vrais ou erronés qui peuvent inciter une partie à conclure une opération à titre onéreux... sont sans influence sur la validité de l'opération* (Civ.1942.8.3, D.A. 1943, 18). Sutarties dėl reklamos priemonių pagaminimo nutraukti negalima, jeigu reklama nesulaukė užsakovo tikėtos sėkmės (Civ.1939.5.16, S. 1939.1.260); taip pat bankas klientą gali versti laikytis paskolos sutarties tuo atveju, jeigu už paskolą turi būti perkamas automobilis, tačiau automobilio pirkimo ir pardavimo sutartis neįsigalioja (Com.1977.12.14, Bull. IV, Nr. 293). Panašiai kasacinis teismas nusprendė byloje, kurioje vienos bendrovės su ribota turtine atsakomybe direktorius laidavo už bendrovės skolas. Direktoriui pasitraukus iš pareigų kreditoriai pareikalavo grąžinti laiduotas skolas. Galėtų būti, taip mano kasacinis teismas, kad laiduotojo prielaida, jog jis atsako tik už savo, kaip direktoriaus, veiklos teisėtus reikalavimus, jam atrodo kaip *motifs déterminants* laidavimo sutarties sudarymui. Tačiau šie motyvai esą *n'ayant pas été introduits dans le champ contractuel*, tai yra neverti dėmesio; todėl skundas nėra tenkintinas (Com.1988.12.6, D.S. 1988, 185 su *Aynes* pastabomis). Tai pačiai nuomonei atstovaujama ir Vokietijos teisės moksle (*Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft [1975] 477 ir kt.) bei teismų praktikoje (BGHZ 16, 54, 57 ir kt.; BGHZ 88, 240, 246).

Taigi išaiškėja, kad nors tai ir labai nutolę nuo tikslaus Prancūzijos CK teksto, tačiau dėmesio vertu pripažįstamas tik *rimtas* suklydimas. Rimtas suklydimas nėra dėmesio vertas tik tada, jeigu iš aplinkybių išplaukia, jog klystantysis savo veikla prieš sutarties sudarymą galėjo pasirūpinti gauti tikslių faktinių žinių. Turintis iškasti duobę pamatams negali piktintis tuo, jog jis visiškai netikėtai atsimušė į uolą, nors prieš tai galėjo ištirti gruntą (Paris 1866.6.30, D.P.1874.2.182). Kas išsinuomoja medžioklės plotą ir vėliau nustato, kad ten yra kur kas mažiau žvėrių nei tikėta, sutarties nutraukti negali, jeigu prieš sutarties sudarymą apeidamas vietovę jis galėjo nustatyti esamą medžiojamų žvėrių ir paukščių skaičių (Amiens 1954.11.30, D. 1955, 420). Kas sudaro draudimo sutartį ir nepastebi, jog jis jau padengė tą pačią riziką, negali reikalauti sutartį nutraukti, jeigu jo reikaluose akivaizdžiai nebuvo tvarkos ir jis, be kita ko, disponavo *une certaine experience des assurances* (Civ.1959.6.29, Bull.civ., 1959. I. 267).

Naujojo *Italijos* civilinio kodekso 1427-1433 straipsniuose yra įtvirtinta pažangi taisyklė, kurios krikštatėviais kartu su Prancūzijos teismų praktika buvo Austrijos ir Šveicarijos teisė.

Žinoma, suklydimo dėl motyvo sąvokos kodeksas visiškai pagrįstai atsisakė. Svarbūs yra suklydimai, jei jie pagal 1429 straipsnio išsamesnį išvardijimą yra esminiai ir kitai sutarties šaliai buvo atpažįstami. Esminiu suklydimu pripažįstamas suklydimas dėl sutarties esmės ir objekto, dėl sutarties objekto arba sutarties šalies identiškumo ir savybių, jeigu šios aplinkybės pagal bylos situaciją ar apyvartos požiūriu buvo lemiamos sutarties sudarymui. Ir teisinė klaida yra esminė, jeigu ji buvo vienintelė ir pagrindinė sutarties sudarymo priežastis.

Tačiau reikia pridurti, kad kita sutarties šalis, esant pakankamam rūpestingumui, kuris būdingas civilinei apyvartai, turėjo galimybę išvengti suklydimo. Tas, kuris perka Picasso originalą, tačiau gauna falsifikatą, gali apskųsti tuo atveju, jei pardavėjas būtų galėjęs atpažinti falsifikatą; teismas tai preziumavo atveju, kai pardavėjas pats buvo dailininkas (App. Milano, 1951.6.5, Foro Padano, 1951.1.874).

IV.

Bendroji teisė šiuo klausimu pasirinko kitą išeities tašką. Kitaip nei valios teorijos paveikti kontinento civiliniai kodeksai, iki pat XIX a. nebuvo žinoma jokių bendrų taisyklių apie sutarčių nutraukimą dėl suklydimo. Nors sutartis galėjo, ir šiandien gali būti nutraukta, jeigu derybose dėl sutarties viena šalis suteikė klaidingą informaciją *(misrepresentation)*, o kita šalis, pasitikėdama šia informacija, sudarė sutartį. Tačiau ir šiuo atveju ne tiek labai akcentuojamas sutarties šalies suklydimas, kiek tai, kad kita šalis, nors ji yra ir nekalta, *darė įtaką* suklydimui. Šiandien teismų praktikoje pripažinta, kad esant tam tikroms aplinkybėms sutartį galima nutraukti ir tuo atveju, jei suklydimui *(mistake)* ir nebuvo daryta įtakos. Ši teismų praktika kyla dėl sprendimų, kurie atsirado tik XIX a. antrojoje pusėje ir buvo priimti teisėjų, kurie žinojo romėnų teisę ir buvo sužavėti pamokančių minčių, paruoštų žemyne, ypač Pothieras. Prie jų priskiriamos specialios *Equity* (teisingumo) teismų išplėtotos taisyklės, kurios šen bei ten truputį sumažino griežtai į apyvartos apsaugą orientuotą bendrąją teisę. Kad visos šios taisyklės kartu sudaro darnią ir aiškią visumą, to pasakyti, net ir turint geriausių norų, negalima.

Pirmiausia į akis krinta tai, kad bendroji teisė išskiria ypatingą grupę atvejų, kai suklydimas paveiktas sutarties šalies klaidingu informacijos suteikimu *(misrepresentation)*. Jeigu sutarties šalis veikė, kad apgautų arba suklaidintų partnerį, laikoma, kad yra *fraudulent misrepresentation* (apgaulė), kurios padarinys yra tai, jog klystanti šalis gali atsisakyti sutarties ir reikalauti atlyginti žalą. Tačiau jeigu sutarties šalis, teikdama klaidingą informaciją, veikė *be* tikslo apgauti, klystančioji šalis gali reikalauti arba atlyginti nuostolius, arba nutraukti sutartį. Tiesa, nuostoliai neatlyginami, jeigu atsakovas gali įrodyti, kad jo veiksmuose nebuvo kaltės, nes jo (neteisingi) parodymai nerūpestingai traktuoti teisingais ir todėl yra *innocent misrepresentation* (nekaltai suteikta informacija) (žr.2 [1] 1967 metų *Misrepresentation Act* (Įstatymą dėl apgaulės)). *Nutraukti* sutartį galima reikalauti ir *innocent misrepresentation* (nekaltai suteiktos informacijos) atveju. Žinoma, per griežtos sankcijos gali slypėti tame, jeigu sutarties vykdymas klystančiai šaliai reikštų tik mažą nuostolį, ir priešingai, sutarties nutraukimas kitai sutarties šaliai reikštų esminį nuostolį. Todėl teismas, vadovaudamasis 1967 metų įstatymo dėl apgaulės 2 (2) straipsniu, klystančią šalį gali laikyti prie sutarties ir pasitenkinti nuostolių atlyginimu, jeigu mano,

that it would be equitable to do so, having regard to the nature of the misrepresentation and the loss that would be caused by it if the contract were upheld, as well as to the loss that rescission would cause to the other party. Palyginkime *Treitel* 300 ir kt.; *Cheshire/Fifoot-(Furmston)*, p. 273 ir kt.; *Cartwright*, ten pat, p. 68 ir kt.

Paprastai abejojama, kada yra *misrepresentation* (klaidingos informacijos teikimas). Bendrąja prasme jis apibrėžiamas kaip prieš sutartį ar sutarties sudarymo metu pateikta informacija, kuri nepriklauso nuo to, ar ši informacija sutarties sudarymą veikė viena, ar kartu su kitomis aplinkybėmis. Neteisingas informacijos teikimas dėl teisinės situacijos ar dėl ateityje būsiančių aplinkybių yra nevertas dėmesio; tas pat galioja nuomonių pasakymams ir komerciniams pasiūlymams, kurių civilinėje apyvartoje paprastai niekas nelaiko rimtais.

Žinoma, šiuo atveju kyla sudėtingi atribojimo klausimai. Pvz., netiksli aukciono pardavėjo informacija, kad iš aukciono parduodamas žemės ūkiui naudojamas žemės sklypas yra „labai derlingas ir turintis galimybių plėtotis", įvertinama kaip *a mere flourishing description by an auctioneer* [*Dimmock v. Hallett* (1866) L.R. 2 Ch.App. 21], o žemės sklypo pardavėjo tvirtinimas, kad esamas nuomininkas yra *a most desirable tenant* (labiausiai pageidautinas), pardavėjui suteikia teisę sutartį nutraukti, kai išaiškėja, jog nuomininkas sutarties derybų metu jau keletą mėnesių praleido nuomos palūkanų mokėjimo terminą [*Smith v. Land and House Property Corp.* (1884) 28 Ch. D.7]. Jei pardavėjas tvirtina, kad žemės sklype galima laikyti 2 tūkstančius avių, šiuo atveju turime klaidingos informacijos teikimą, jeigu jis šiame sklype pats darbavosi kaip avių augintojas ir informaciją galėjo suprasti kaip savo patyrimu besiremiantį faktų tvirtinimą, priešingu atveju – neprivalomą reklamavimąsi (plg. *Bisset v. Wilkinson* [1927] A.C. 177). Nepaisant teisiniu požiūriu esminio klaidingos informacijos teikimo, klystančioji šalis turi vykdyti sutartį, jeigu ji tik po nepamatuotai ilgo laiko, remdamasi savo suklydimu, bando atsisakyti sutarties (plg. *Leaf v. International Gallieries* [1952] 2 K.B. 86), toliau – jeigu ji kitais konkliudentiniais veiksmais patvirtino sutarties egzistavimą.

Bendroji teisė *mistake* suklydimu vadina tik tada, jeigu jam nedarė įtakos melagingas tvirtinimas. Toks suklydimas gali sukelti sutarties negaliojimą, jeigu abi šalys vadovavosi tuo pačiu klaidingu supratimu *(common mistake)*, ir jų suklydimas remiasi aplinkybėmis, kurios sutarties sudarymui turėjo esminės reikšmės. Čia pirmiausia priskiriami atvejai, kai sutarties objektas yra daiktas, asmuo arba teisinis santykis, kurie realiai neegzistuoja. Tai atvejai, jeigu, pvz., parduotas daiktas sudarant sutartį žuvo *(res extincta)* arba pirkėjui šiaip ar taip priklausė *(res sua)*, arba jeigu du asmenys sudaro skyrybų ir išlaikymo sutartį klaidingai manydami, jog jie yra vedę (*Galloway v. Galloway* [1914] 30 T.L.R.531), arba jeigu kažkas iš gyvybės draudimo sutarties parduoda gavimo teisę, ir nei pirkėjas, nei pardavėjas nežino, kad draudėjas jau mirė (*Scott v. Coulson* [1903] 2 Ch. 349). Teismų praktikoje yra požymių, kad sutartis dėl *common mistake* (bendros klaidos) gali būti negaliojanti ir tuo atveju, jeigu šalių suklydimas remiasi tiesiogiai ne sutarties objektu, bet kitomis, šalims fundamentaliai svarbiomis aplinkybėmis.

Palyginkime *Bell v. Lever Brothers Ltd.* [1932] A.C. 161 bylą. Reorganizuojant įmonę vadovaujantysis tarnautojas Bellas pareiškė apie savo sutikimą dėl 30 tūkstančių svarų sterlingų kompensacijos išeinant iš darbo; įmonininkai nieko nežinojo apie tai, kad Bellas prieš tai pažeidė įsiparei-

gojimus ir todėl jo sutartis galėjo būti nutraukta ir be kompensacijos mokėjimo. Jų ieškinys dėl išmokos kompensacijos grąžinimo buvo atmestas. Lemiamu buvo pripažintas klausimas, ar buvo suklydimas dėl faktų, *which by the common intention of the parties, whether expressed or more generally implied, constitute the underlying assumption without which the parties would not have made the contract they did* (*Lordas Warringtonas*, ten pat, p. 206).

Jei bendra klaida nepakankamai svarbi, kad pateisintų sutarties negaliojimą, teismai sutartį gali modifikuoti ar panaikinti, pagalbon pasitelkdami *Equity* (teisingumo) teismuose sukurtas taisykles. Plg., pvz., *Grist v. Bailey* [1967] Ch. 532 bylą: ieškovas nusipirko žemės sklypą už labai mažą kainą, nes jis ir pardavėjas, kaip vėliau išaiškėjo, neturėdami įstatymo galios, vadovavosi tuo, kad nuomininkas naudojasi nuomininko apsauga. Prieš ieškovo skundą atsakovas gynėsi argumentu, kad sutartis dėl *common mistake* (bendros klaidos) esanti negaliojanti. Teismas neatsižvelgė į atsakovo argumentus. Tačiau suklydimą jis vis dėlto pripažino pakankamai svarbiu, kad teiktų pagalbą *in equity* (remiantis teisingumu). Tai buvo padaryta vadovaujantis tuo, kad nors ieškinys ir buvo atmestas, tačiau atsakovas su ieškovu privalėjo sudaryti naują sutartį, atitinkančią realią padėtį, tai yra susitariant dėl didesnės kainos.

Jeigu nėra bendros klaidos, nes šalys viena kitos nesuprato arba suklydo tik viena iš šalių, Anglijos teisėjui svarbu tik tai, ar sutartis įsigaliojo. Jei taip, nes šalių informacija (objektyviai išdėsčius) sutampa (ir nebėra objektyviai daugiareikšmė), apie sutarties nutraukimą dėl suklydimo iš esmės negali būti ir kalbos. Prie nežymių išimčių plg. *Treitel*, p. 261 ir kt.; *Cheshire/Fifoot(-Furmston)*, p. 231 ir kt.

Amerikos teisėje pastebima analogiška tendencija riboti skundo pagrindimą suklydimu, nors ji ir nėra susijusi su Anglijos teisės ypatumais. Tai galėtų priklausyti nuo to, kad Amerikos teisėje prejudicinių faktų privalomumo principas ne toks griežtas kaip Anglijoje, todėl netikęs teismo sprendimas negali daryti didelės įtakos visuomeninių santykių reguliavimui. Ir teorijos apie suklydimą svarbių teismo sprendimų skaičius Jungtinėse Valstijose yra nepalyginamai didesnis nei Anglijoje, todėl techninių subtilumų reikšmė yra ne tokia didelė.

Jei mes teisingai supratome, Amerikos teismai, spręsdami bylas, kai ieškinio pagrindas yra suklydimas, remiasi argumentais, kurie jiems atrodo prasmingi. Suklydimo pagrindų svarbumas klystančiai šaliai, šių pagrindų suvokimo galimybė priešingos šalies atžvilgiu, apimtis planų, kuriuos priešinga šalis sukūrė ar galėjo sukurti, pasitikėdama klystančios šalies informacija, restitucijos įgyvendinimas – visos šios aplinkybės yra skirtingai svarbios: tai priklauso nuo konkretaus atvejo aplinkybių.

Deja, remiantis teismų praktika, čia trūksta vietos parodyti, kaip Amerikos teismai šiuos skirtingus požiūrius panaudojo praktikoje. Galėtų užtekti kelių užuominų: *Grant Marble Co* v. *Abbot*, 142 Wis. 279, 124 N.W. 264 (1910) byloje ieškovas įsipareigojo šešių aukštų pastate marmuru iškloti grindis, tačiau, atlikdamas siūlymo paskaičiavimus, per neapsižiūrėjimą apsiriko ir pastatą palaikė penkių aukštų. Atlikęs darbus jis pareiškė skundą dėl atitinkamai didesnės kainos, tačiau nesėkmingai, kadangi teismas preziumavo, kad, nepaisant suklydimo, sutartis įsigaliojo neapskundžiamai: *Such mistake cannot be charged to defendant, but must rest upon the party whose negligence caused it. All the facts were within reach of [plaintiff] and he had but to open his eyes and see them. His own architect who had full knowledge of the facts was within call and could have been consulted upon the subject if [plaintiff] had desired.* Palyginkime taip pat *Leonard* v.

Howard, 67 Ore 203, 135 P.549 (1913) ir *Steinmeyer* v. *Schroeppel*, 226 III. 9, 80 N.E. 564 (1907) bylas. Kitoks sprendimas, jei priešinga šalis *atpažino*, kad siūlyme yra klaida, tačiau akceptą priėmė: tokiu atveju oferentas ir tada nėra susietas sutartimi, jeigu jis pats veikė nerūpestingai; plg. *State of Connecticut* v. *McGraw & Co.*, 41 F.Supp. 369 (D.Conn.1941). Gerą pradžią taisyklėms, kuriomis seka Amerikos teismų praktika, jeigu pageidaujamas sutarties nutraukimas dėl *mistake* ar *misrepresentation*, paruošia 1981 metų *Restatement Contracts 2d* 151 str. ir kt.

V.

Mūsų samprotavimai parodė, kad ištirtose teisės sistemose naudojama gausybė skirtingų nuomonių norint nuspręsti, ar sutartis gali, ar negali būti nutraukta dėl suklydimo. Tačiau keletą pagrindinių sprendimo idėjų galima suprasti.

Visur prasiveržia nuomonė, kad sutartis negali būti apskundžiama vien todėl, kad viena sutarties šalis dėl klaidos klaidingai suformavo savo valią arba neklaidingai suformuotą valią išreiškė klaidingai. Tokiu atveju ji suinteresuota sutartį nutraukti. Tam priešpriešinamas kitos sutarties šalies interesas – būti apsaugotai, pasitikint sutarties galiojimu. Tačiau dėl interesų kolizijos šiandien krypstama prie nuomonės, kad apyvartos apsaugos ir teisinio saugumo dėlei apskundimas dėl klaidos turi likti reta išimtimi. Iš tiesų nesuprantama, kodėl sutarčių sudarymo teorijoje suklydimo problematika turėtų būti sprendžiama kitaip, nei ją nusprendžia likimas gyvenimo suklydimo atvejais; čia neabejotinai galioja tai, kad kiekvienas yra atsakingas už savo gyvenimo klaidas. Jei tai suvokiama kaip mūsų pasaulio išeities taisyklė, suklydimas neabejotinai patenka į klystančios šalies rizikos sferą, ir valios teorijos likučiai, kurie nušvinta kontinento suklydimo taisyklėse, išaiškėja kaip socialiai klaidingi. Tai reiškia, kad į ieškinio motyvus, pagrįstus suklydimu, atsižvelgiama tik tada, jeigu teisingai išaiškinta sutartis apskritai tam palieka erdvės ir jei yra *ypatingų priežasčių*, kurios kitos šalies pasitikėjimą dėl sutarties galiojimo leidžia vertinti kaip nevertu apsaugos. Tokia pagrindinė bendrosios teisės pozicija buvo visuomet. Jos taip pat laikosi Austrijos CK, kurio 871 straipsnis suformuluotas dėl į apyvartos apsaugą orientuotos prigimtinės teisės doktrinos įtakos. Ir modernesni civiliniai kodeksai, ypač Italijos CK ir Olandijos CK, perėmė šį požiūrį. Vokietijoje ir Prancūzijoje teismų praktika buvo ta, kuri, kaip matėme, aiškindama pernelyg plačiai ir miglotai priimtas įstatymines nuostatas, atidžiai atsižvelgė į apyvartos ir pasitikėjimo apsaugą.

Žinoma, daugeliu atvejų iš pačios sutarties daroma išvada, kad ieškinys dėl suklydimo iš anksto turi būti neįmanomas. Taip yra, pvz., tais atvejais, kai pirkėjui pristatytos prekės kiekiu, identiškumu ir ypatybėmis neatitinka sutarties arba jam nesukuriama neapsunkinta nuosavybė į tam tikrą prekę arba prekė apskritai nepatiekiama; nors visais šiais atvejais pirkėjas gali tvirtinti, kad jis klydo, nes neteisingai preziumavo, kad pardavėjas sutartį vykdys kaip pažadėjęs. Tačiau nėra jokios priežasties pirkėjo pretenzijų nuostatų dėl sutarties pažeidimo išmušti iš vėžių tuo, kad pirkėjui vietoje jų ar šalia jų pripažįstama teisė nutraukti sutartį dėl suklydimo. Lygiai taip pat mažai suklydimu gali remtis tas, kuriam pagal sutartį tenka suklydimo rizika. Spekuliatyvioms ir rizikingo pobūdžio sutartims tai yra visuotinai pripažinta. Tačiau tam tikra apimtimi kiekviena sutartis susijusi su rizikos paskirstymu, todėl iš kiekvienos sutarties, jei tik į ją pakankamai griežtai žiūrima, gali kilti klausimas, ar tam tikri neteisingi samprotavimai ar lūkesčiai, veikę vienos iš sutarties šalių veiksmus, tenka tos šalies rizikai ir todėl nėra erdvės ieškiniui dėl apskundimo.

Kokios ypatingos priežastys leidžia išimties tvarka nutraukti sutartį dėl suklydimo? Sutarties šalis nenusipelno jokios apsaugos, pasitikėdama esama sutartimi, pirmiausia tais atvejais, kai ji, sudarydama sutartį, suvokė arba turėjo suvokti savo kontrahento suklydimą, bet jam to nepaaiškino, nors pagal sąžiningos komercinės apyvartos principus ji būtų įsipareigojusi tai padaryti. Sutarties šalis turi taikstytis su ieškiniu, jeigu ji darė įtaką savo kontrahento suklydimui aiškiais arba tylėjimu išreikštais veiksmais, o kontrahentas pagal aplinkybes galėjo pasitikėti ir pasitikėjo šiais veiksmais ir be jų nebūtų sudaręs sutarties arba nebūtų sudaręs tokio turinio sutarties. Pagaliau ieškinys turi būti galimas, jei abi sutarties šalys sudarant sutartį tam pačiam suklydimui suteikė tokią pat prasmę ir jų suklydimas remiasi aplinkybe, kurią jos pripažįsta sandorio pagrindu. Ši sąlyga, žinoma, nevykdoma, jeigu iš sutarties aiškinimo išplaukia, kad suklydimo rizika dėl aplinkybių turėtų tekti tik vienai šaliai ir todėl būtent ši šalis yra ta, kuri pareiškia šį ieškinį.

Tų pačių išvadų pasiekia UNIDROIT – įstatymo projektas „Dėl taisyklių, kurios nagrinėja tarptautinių prekių pirkimo ir pardavimo sutarčių galiojimą, suvienodinimo“ (Rev.dr.unif. 1973 I 60 = Int.Leg.Mat. 17 [1978] 282). Pagal 6 straipsnį sutartis gali būti nutraukta dėl suklydimo, jeigu suklydimas yra esminis ir nesiremia aplinkybėmis, kurių atžvilgiu klystančioji šalis aiškiai ar tylėjimu perėmė riziką. Net jei šios sąlygos ir įvykdomos, sutartį galima nutraukti tik tuo atveju, jeigu, be kita ko, *the other party has made the same mistake, or has caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error*. Palyginkime su šiuo įstatymo projektu Užsienio ir tarptautinės privatinės teisės Maxo Plancko instituto išankstinį projektą žurnale RabelsZ 32 (1968) 201 ir 243.

VI.

Tarp suklydimo ir apgaulės bendra yra tai, kad ir apgautoji šalis sutartį sudaro veikiama suklydimo. Žinoma, apgaulės atveju šį suklydimą sąmoningai sukelia kita sutarties šalis. Todėl apgaulėje galima matyti ypatingą „paveikto“ suklydimo atvejį. Taip yra Anglijos teisėje: ji sudaro kategoriją suklydimų, paveiktų *misrepresentation* (klaidingos informacijos teikimo), ir todėl šioje kategorijoje išskiria atvejus, ar klaidinga informacija pateikta nekaltai arba dėl neatsargumo *(innocent* ar *negligent misrepresentation)*, ar pareiškėjas savo pareiškimą darė žinodamas apie jo neteisingumą. Pastaruoju atveju Anglijoje kalbama apie *fraudulent misrepresentation*, Prancūzijoje ir kituose romaniškuose kraštuose – apie *dol*, arba *dolo*, Vokietijoje ir Šveicarijoje – apie *arglistige* arba *absichtliche Täuschung*, Austrijoje – apie *List*, Olandijoje – apie *bedrog*.

Romanų teisės sistemose dažnai reikalaujama, kad apgaulę turi sukelti klastingas sumanus metodas. Prancūzijos CK 1116 straipsnyje kalbama apie *manoeuvres*, Italijos CK 1439 straipsnyje – apie *raggiri*, Ispanijos civilinio kodekso 1269 straipsnyje – apie *maquinaciones insidiosas*. Tačiau visur yra pripažinta, kad apgaulė gali slypėti paprasčiausiame mele.

Visur yra pripažinta, kad apgaule paveiktą suklydimą galima apskųsti, jeigu kalbama apie suklydimą dėl motyvo, arba kai suklydimas nėra „esminis“, arba dėl kitų priežasčių neįvykdoma sąlyga, kuriai esant ieškinys dėl suklydimo yra leistinas.

Tai aiškiai išdėstyta Šveicarijos PK 28 str. 1 dalyje. Lygiai taip pat nuspręsta Austrijos (OGH 1932.2.3, SZ 14 18), Vokietijos (RGZ 81, 13, 16), Olandijos (H.R.1950.1.27, Ned.Jur. 1950 Nr. 559), Prancūzijos (Com.1961.12.19, D. 1962, 240) ir Amerikos teismuose: plg. *New York Life Incurance Co.* v. *McLaughlin*, 112 Vt. 402, 26 A 2d 108 (1942) ir *De Joseph v. Zambelli*, 392 Pa. 24, 139 A. 2d 644 (1958).

Kai kuriose romanų teisės sistemose atstovaujama nuomonei, kad ieškinys dėl apgaulės galimas tik tuo atveju, jeigu suklaidintas asmuo, jei jis būtų teisingai informuotas, sutarties *apskritai* nebūtų sudaręs. Jei suklaidinta šalis, priešingai, ir be apgaulės sudarytų sutartį, nors ir kitomis, palankesnėmis sąlygomis, ji turi teisę tik į nuostolių atlyginimą, nes yra *dolus incidens*, kaip, pavyzdžiui, pirkimo kainos sumažinimas.

Ši nuomonė išplaukia iš Prancūzijos CK 1116 straipsnio pažodinio teksto (panašiai Italijos CK 1440 str., Ispanijos CK 1270 str. 2 d.): klastingos apgaulės atveju ieškinio pagrindas yra *lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté*. Šveicarijos teismų praktika svyravo, palyginkime BGE 64 II 142 ir BGE 81 II 213. Šis skirtumas atrodo mažai įtikinamas. Jei pirkėjui pateikta prekė su trūkumais, jis gali pasirinkti: arba nutraukti sutartį, arba sumažinti pirkimo kainą. Jis turi turėti šią pasirinkimo teisę, jeigu yra apgautas dėl perkamojo daikto ypatybių.

Angloamerikiečių teisėje klastingai apgaulei apibrėžti naudojamas *fraudulent misrepresentation* arba tiesiog *fraud*. Šiuo terminu daroma prielaida, kad pareiškėjas nepagrįstai išgyrė sutarties objektą (tai nėra vertinama kaip reklama), o kitai sutarties šaliai sudarant sutartį tai turėjo tam tikros reikšmės.

Leading case (Precedentą sukūrusioje byloje) *Derry* v. *Peek* (1889) 14 App.Cas.337, 374 rašoma: „Fraud is proved when it is shown that a false representation has been made knowingly without belief in its truth, or recklessly, careless whether it be true or false". Palyginkime ir *Restatement Contracts 2d* 168 str., toliau – Maxo Plancko instituto pranešimą, ten pat, p. 110 ir kt.

Klausimas, kokioms sąlygoms esant turime klastingą apgaulę, visur sprendžiamas panašiai. Tam tikrais atvejais randame nežymių skirtumų, pavyzdžiui, kai aiškinamas klausimas, kada sudarant sutartį svarbaus fakto nutylėjimas kitai šaliai suteikia teisę pareikšti ieškinį dėl apgaulės.

Vokietijos teismų praktika vadovaujasi tuo, kad fakto nutylėjimo atveju apie klastingą apgaulę galime kalbėti tada, jeigu yra atitinkama išaiškinimo pareiga. Ar tokia išaiškinimo pareiga egzistuoja, vėlgi priklauso nuo atskiros bylos aplinkybių. Pavyzdžiui, yra pripažinta, kad pirkimo ir pardavimo sutarties sudarymo atveju šalys negali viena iš kitos tikėtis išaiškinimo apie kainos susidarymui įtakos turinčius bendruosius rinkos santykius (apie tai akivaizdžiai RGZ 111, 233, 234 kt.). Kita vertus, pakartotinai nuspręsta, kad pagal sąžiningumo ir teisingumo principą tokių aplinkybių, kurios, atsižvelgus į perkamą objektą, pastebimai svarbios kitos šalies sprendimui, paaiškinimas yra būtinas.

Pavyzdžiui, namo pardavėjas turi informuoti pirkėją apie tai, kad namo sija nukrito dėl ūsuočių, šiaip ar taip, tada, jei dėl to padaryta žala yra esminė (BGH NJW 1965 34). Lygiai taip pat daro-

ma prielaida dėl klastingos apgaulės, kai bankininkas dienos kursu pardavė kasyklos akcijas, nors prieš tai buvo informuotas apie vandens prasiveržimą į kasyklą (plg. RGZ 111, 235). Vokietijos Aukščiausiojo Teismo nuomone, gerai išlaikyto panaudoto automobilio pardavėjas ir nepaklaustas yra įsipareigojęs pirkėjui atskleisti tai, kad kalbama apie automobilį po avarijos; kitu atveju pirkėjas gali pareikšti ieškinį dėl klastingos apgaulės (BGH NJW 1982, 1386). Ir kasacinis teismas paruošė tezę: *Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avaint été connu de lui, l'aurait empêché de contracter* (Civ. 1971.1.15, Bull. I, Nr. 38; Civ.1974.10.2, Bull. III, Nr. 330). Pavyzdžiui, dėl *dol par réticence* žemės sklypo pirkimo ir pardavimo sutartis, kurią sudarant pardavėjas pirkėjui nutylėjo apie geriamo vandens prijungimo trūkumą, nors žinojo, kad žemės sklype turėtų būti užsiimama restoranų verslu, pripažįstama apskundžiama (Civ.1974.5.7, Bull. III, Nr. 186). Lygiai taip pat pardavėjas galėjo pareikšti ieškinį dėl žemės sklypo, nes pirkėja, bendruomenė, sutarties derybų metu nutylėjo, kad ji jau pradėjo plano pakeitimus, dėl ko išaugs kaina (Civ.1991.3.27, Bull. II, Nr. 108 ir *Mestre* Rev.trim.civ.91 [1992] 81). Apie *dol par réticence* turime kalbėti ir tuo atveju, kai bankas laiduotojui nenurodo *que la situation de son débiteur est irremédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée* (Civ.1989.5.10, Bull. I, Nr. 187).

Bendroji teisė šiuo klausimu atstovauja daug griežtesnei pozicijai. Nors į *duty of disclosure* (pareigą pranešti) draudimo sutarties šalims ir kitiems konkretiems *contracts uberrimae fidei* atsakoma teigiamai būtent tuo atveju, kai tarp šalių egzistuoja ypatinga sąžiningumo pareiga, kaip, pavyzdžiui, santykiuose tarp turto globėjo ir naudos gavėjo, globėjo ir globotinio, tėvų ir vaikų, *principal* (įgaliotojo) ir *agent* (įgaliotinio). Tačiau bendros taisyklės apie ikisutartinę pareigą pranešti nėra. Tradicinė – šiurkštaus XIX a. individualizmo pažymėta nuomonė vadovaujasi tuo, kad kiekviena šalis pati yra atsakinga už informacijos, kurią ji mano esant svarbia jos sprendimui, gavimą. Ji negali tikėtis, kad kita sutarties šalis tokią informaciją atskleis net ir tada, jeigu ji sužinojo apie kontrahento suklydimą ir jį būtų galėjusi ištaisyti be didelių pastangų.

Smith v. Hughes (1871) byloje pardavėjas suvokė, kad pirkėjas tapo neteisingo supratimo apie perkamojo daikto kokybę auka, tačiau klaidos neištaisė. Teismas manė, kad pirkėjas privalo laikytis sutarties: *the question is not what a man of scrupulous morality or nice honour would do under such circumstances... Whatever may be the case in a court of morals there is no legal obligation on the vendor to inform the buyer that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor* (ten pat, p. 603, 607). Lygiai taip pat *Slade L.J. Banque Financiere* v. *Westgate Insurance Co.* [1989] 2 All E.R.952, 1010 byloje: *The general principle that there is no obligation to speak within the context of negotiations for an ordinary commercial contract....is one of the foundations of our law of contract, and must have been the basis of many decisions over the years. There are countless cases in which one party to a contract has in the course of negotiations failed to disclose a fact known to him which the other party would have regarded as highly material, if it had been revealed. However, ordinarily in the absence of misrepresentation, our law leaves that other party entirely without a remedy.* Griežta Anglijos teisės pozicija šiuo klausimu priderinama prie santykių tarp prekyboje nusimanančių verslininkų ir ten, žinoma, yra tinkama. Abejotina, ar ji tinka derybose dėl sutarties, kurią sudaro privatūs asme-

nys; ir Anglijoje kyla atitinkamų klausimų, pavyzdžiui, *Atiyah,* An Introduction of the Law of Contract (1995) 268. Lyginamuoju teisės požiūriu šį klausimą palyginkime *Nicholas* ir *Legrand,* ten pat.

Toliau abejojama, ar sutartį dėl apgaulės galima apskųsti ir tada, jeigu apgaulė kyla ne iš kitos sutarties šalies, o iš *trečiojo asmens.* Iš esmės į šį klausimą visur atsakoma neigiamai. Nors šalis sutartį sudarė paveikta apgaulės. Tačiau jei kita sutarties šalis pati neprisidėjo prie apgaulės, jos interesas dėl sutarties galiojimo pripažįstamas pirmiausiu; apgautoji šalis lieka susieta sutartimi ir privalo žiūrėti, ar ji negali kompensuoti savo nuostolių trečiojo asmens, kuris ją apgavo, sąskaita.

Palyginkime Vokietijos CK 123 str., Austrijos CK 875 str., Šveicarijos PK 28 str. 2 d.; Olandijos CK 3:44 str. 5 d.; Italijos CK 1439 str. 2 d.; Prancūzijos civilinio kodekso 1116 str. ir Civ.1977.1. 26, Bull. I, Nr. 40; Civ.1973.6.27, D. 1973, 733 su *Malaurie'o* pastabomis.

Šis principas apribojamas dvigubai. Viena vertus, visur pripažinta, kad negalima kalbėti apie „trečiosios šalies" apgaulę, jeigu ją padarė kažkas, kas sutarties derybų metu veikė kaip kitos sutarties šalies atstovas, įgaliotinis, derybų konsultantas ar kaip „pasitikėjimo vertas vyras". Kas derybas dėl sutarties veda per atstovą, turi taikstytis su tuo, kad atstovo apgaulė jam primetama kaip nuosava apgaulė. Tai nepriklauso nuo to, ar jis žinojo, ar turėjo žinoti apie atstovo apgaulę, lygiai taip pat mažai nuo to, ar atstovas savo elgesiu nukrypo nuo vidinių nurodymų. Ir Anglijoje apgaulė to, kuris *principal* (įgaliotojo) nurodymu veda derybas kaip jo *agent* (įgaliotinis), pripažįstama *principal* (įgaliotojo) apgaule.

Palyginkime, pvz., BGHZ 20,36,39 ir kt.; BGE 63 II 77 ir BGE 81 II 213, 217; OGH 1967.6.28, JBl. 1968, 365; Com.1972.11.27, Bull. IV, Nr. 308 ir *Bramwell L.J. Weit* v. *Bell* (1878) 3 Ex.D.238, 245 byloje: *Every person who authorizes another to act for him in the making of any contract, undertakes for the absence of fraud in that person in the execution of the authority given, as much as he undertakes for its absence in himself when he makes the contract.* Jei laiduotojas bankui laidavo už skolininką, jis gali, bankui pareiškus ieškinį dėl laidavimo, tik tada gintis tvirtinimu, kad jį apgavo skolininkas, jeigu išimties atveju yra taip, kad skolininkas derybas vedė pastebimai remdamasis banko interesais ir jo iniciatyva kaip „derybų konsultantas" arba „pasitikėjimo vertas vyras". Palyginkime išimties atvejį OGH 1971.4.29, SZ 44, Nr. 59; BGH NJW 1962, 2195. Panaši išimtis yra ir tuo atveju, jeigu pirkėjas paima iš banko paskolą daiktui apmokėti ir dėl to derasi ne su banku, o su daikto pardavėju, kuris tuo pačiu yra banko įgaliotinis ir turi visus dokumentus, reikalingus banko paskolos sutarčiai; šiuo atveju pirkėjas gali apskųsti paskolos sutartį, jeigu pardavėjas jį apgavo. Palyginkime Europos Sąjungos direktyvos „Dėl taisyklių, reglamentuojančių vartotojų kreditavimą, suvienodinimo" (Abl. EG 1987, L p. 42, 48), priimtos 1986-12-22, 11 straipsnį ir atitinkamas vartotojų kreditavimo įstatymų nuostatas valstybėse narėse.

Jeigu apgaulė padaryta dėl „trečiojo asmens" įtakos, apgautasis asmuo turi teisę kreiptis į teismą, jeigu apie trečiojo asmens apgaulę kita sutarties šalis žinojo arba privalėjo žinoti.

Ir šis principas yra įsakmiai įtvirtintas daugelyje minėtų įstatymų tekstų. Anglijoje kalbama apie tai, kad apie trečiojo asmens apgaulę sutarties šalis privalėjo turėti *notice* (pranešimą) arba nors *constructive notice* (nuspėjamą žinojimą). Palyginkime *Barclays Bank* Plc. v. *O.Brien* [1993] 3 W.L.R. 786 (H.L.): jei bankas žino, kad kredito gavėjas ims kreditą komerciniams tikslams ir prašys savo žmonos tapti solidaria skolininke, pavyzdžiui, siekdamas gauti jos sutikimą įkeisti bendros jungtinės nuosavybės teise priklausantį žemės sklypą, jis turi numatyti, kad kredito gavėjas atsakomybės riziką savo sutuoktinės atžvilgiu įvertins nepakankamai arba užmaskuos, arba dar kokiu kitu neleistinu būdu *by kicks or kisses* (pyragu ir botagu) privers žmoną solidariai atsakyti už savo komercines skolas. Todėl bankas turi *constructive notice* (nuspėjamą žinojimą) apie tokius manevrus ir turi susitaikyti su tuo, kad sutuoktinė atitinkamai gins savo interesus. Kaip gali apsiginti bankas? Lordų Rūmų nuomone, tik tuo, kad nesant vyrui jis sutuoktinei pats žodžiu išaiškina apie rizikos rūšį bei apimtį arba pataria pasinaudoti nepriklausomu teisiniu patarimu. Palyginkime ir *CIBC Mortgages Plc. v. Pitt* [1993] 3 W.L.R. 802 (H.L.).

VII.

Visose kontinentinės teisės sistemose prie suklydimo ir klastingos apgaulės pasirodo trečiasis „valios trūkumas" – *grasinimas*. Grasinimo sąvokos nereikia suprasti kaip fizinės prievartos, nes tokiu atveju negali būti kalbama apie valios pareiškimą teisine prasme. Todėl grasinimas suprantamas kaip psichinė prievarta.

Įdomu, kad kontinentinė teisė grasinimą bendrąja prasme griežtai skiria nuo susiklosčiusių sunkių aplinkybių panaudojimo, bet toks atribojimas svetimas angloamerikiečių teisei. Tai susiję su tuo, kad bendroji teisė (siaurąja prasme) *duress* (prievartą) pirmiausia suprato tais atvejais, kai šalis dėl grasinimo panaudoti fizinę prievartą ar apriboti laisvę verčiama padaryti pareiškimą. Todėl pamažu *Equity* (teisingumo) teismų praktikoje išplėtota *undue influence* (piktnaudžiavimo įtakos) sąvoka panaudojama ir tais atvejais, kurie kontinento civiliniuose kodeksuose nagrinėti kaip grasinimo sąvoka. Taigi tas, kuris šioje srityje norėtų dirbti lyginamuoju teisės požiūriu, visą savo dėmesį turi skirti piktnaudžiavimo įtakos teorijai, nors šios sąvokos pagrindinė pritaikymo sritis slypi ypatingų pasitikėjimo aplinkybių nekorektiškame panaudojime, pavyzdžiui, tėvų santykiuose su vaiku, globėjo – su globotiniu, advokato – su klientu, gydytojo – su pacientu, sielų išganytojo – su nuodėmes išpažįstančiuoju. Atvejus, kuriuos Vokietijos teisė pripažįsta kaip lupikavimą pagal Vokietijos CK 138 str. 2 d., bendroji teisė nagrinėja kaip piktnaudžiavimo įtakos atvejus susiklosčiusių sunkių aplinkybių nesąžiningo išnaudojimo kontekste.

Kartais būna, kad šalis siūlo sudaryti sutartį ir savo kontrahentui tamsiausiomis spalvomis pavaizduoja nuostolius, kurie atsirastų, jei pastarasis atsisakytų priimti siūlymą. Šiuo atveju turime įspėjimą, bet ne grasinimą. Grasinimas bus tuo atveju, kai kažkas pažada nuostolius, kuriuos sukelti yra jo valia. Ir tokiam grasinimui dažnai neprieštaraujama. Jei pardavėjas pareiškia, kad jis, jeigu pirkėjas jo siūlymo nepriims, ateityje jam nebetieks daugiau savo produkcijos, tokiu atveju kalbame apie grasinimą, tačiau apie visiškai leistiną. Neleistinas jis būtų tik tada, jei susiklostytų ypatingos aplinkybės, kaip, pavyzdžiui, pardavėjas užimtų rinkoje viešpataujančią poziciją ir jo paskirtas tiekimo embargas pirkėją izoliuotų nuo aprūpinimo pageidaujamomis prekėmis. Tai rodo, kad sutartis dėl grasinimo gali būti nutraukta tik tokiu atveju, jeigu grasinimui pagal aplinkybes teisiškai nepritariama ar jei jis, taip yra daugumoje

kontinento civilinių kodeksų, yra „neteisėtas“ (Vokietijos CK 123 str., Austrijos CK 870 str., Šveicarijos PK 29 str. 1 d., Olandijos CK 3:44 str. 2 d.). Iš esmės problema glūdi čia.

Žinoma, neteisėtas yra grasinančiojo elgesys, jeigu jis derybų partneriui pažada priemonę, kuri kiekvienu atveju, ir visai nesvarbu, dėl ko jos imamasi, pažeidžia teisės reikalavimus. Tai yra tais atvejais, kai kažkas bando daryti spaudimą grasindamas sumušti arba nužudyti derybų partnerį (*Barton v. Armstrong* [1976] A.C. 104) arba atimti iš jo daiktus (*Maskell v. Horner* [1915] 3 K.B.106) arba jį, nors ir nekaltai, pasodinti už grotų sąmoningai neteisingu kaltinimu. Sudėtingiau yra tais atvejais, kai grasinantis veiksmas yra leistinas savaime. Tai yra tais atvejais, kai kažkas grasina įgyvendinti jam priklausančią teisę, pavyzdžiui, pareikšti ieškinį, kaltinimą, protestuoti vekselį, įgyvendinti teisę dėl sutarties nutraukimo.

Pagal Italijos CK 1438 straipsnį šiuo atveju sutartis gali būti anuliuojama tik tuo atveju, jei grasinimu siekiama gauti „nepagrįstą“ arba, kaip nurodoma Šveicarijos PK 30 str. 2 d., „per didelę“ naudą. Prancūzijos kasacinis teismas reikalauja grasinančiojo „neleistino“ elgesio. Ši sąlyga yra įvykdyta, jeigu ieškinio pareiškimas tikslui prieštaraujančiu būdu – *en la detournant de son but* – panaudojamas kaip grasinimo priemonė arba jei grasinimu siekiama naudos, kuri yra visiškai nesusijusi su pirminiu grasinamojo įsipareigojimu (Civ.1984.1.17, Bull. III, Nr. 13). Ypač keblu, kai kreditorius gąsdina pranešti apie padarytą nusikaltimą ne baudžiamojo veiksmo kaltininkui, bet jo sutuoktinei (ar kitam šeimos nariui). Vokietijos Aukščiausiasis Teismas kreditoriaus gąsdinimą pripažįsta leistinu, jeigu sutuoktinė kažkaip prisidėjo prie savo vyro baudžiamosios veikos arba pati vienaip ar kitaip iš to gavo naudos (BGHZ 25, 217). Jei tokių ypatingų aplinkybių nėra, savo pažadą ji gali apskųsti, išskyrus dėl grasinimo ir piktnaudžavimo įtaka (plg. *Kaufman v. Gerson* [1904] 1 K.B.591; *Mutual Finance Ltd. v. John Wetton & Sons* Ltd. [1937] 2 K.B.389).

Kaip nagrinėti atvejį, kuriame viena sutarties šalis reikalauja pakeisti jau sudarytą sutartį ir savo reikalavimą pateikia taip primygtinai, kad grasina nevykdyti sutarties? Žinoma, šalis, kuriai grasinama, gali atsisakyti pakeisti sutartį ir, jeigu kita sutarties šalis grasinimą įvykdo, pareikalauti iš jos atlyginti žalą dėl sutarties pažeidimo. Kai kuriais atvejais šis būdas grasinamajai šaliai susijęs su dideliais nuostoliais.

Užsienio pardavėjas, pardavęs 4 vagonus kiaušinių, po sutartinio reikalavimo dėl kainos pakėlimo už 2 vagonų pakrovimą negali remtis grasinimu, jog priešingu atveju jis perorganizuos kelyje esančius vagonus. Todėl pirkėjas, kuris susiklosčius sunkioms aplinkybėms gyvai protestuodamas sutiko pakelti kainą – kitu atveju užsienyje jis būtų turėjęs pareikšti ieškinį dėl 4 vagonų nepristatymo, – savo pareiškimą gali apskųsti ir išvengti didesnės kainos mokėjimo (BGE 32 II 641).

Anglijos teismų praktika rodo, kad santykiuose tarp verslininkų, kuriems negailestingos derybos yra įprastos, gali būti sunku atskirti leistiną ir neleistiną grasinimą. Tai priklauso nuo to, ar reikalavimas pakeisti sutartį turi priklausyti nuo naujos situacijos ir todėl visgi atrodo leistinas, ar kita šalis leidosi į tai protestuodama, ar be kovos, ar jai buvo akiplėšiška likti griežtai ir pasikliauti jos reikalavimais atlyginti žalą dėl sutarties pažeidimo ir ar ji turėjo pakankamai laiko nuodugniai apsvarstyti savo operacijas. Taip pat privalu reikalauti, kad šalis kuo operatyviau atsisakytų tų sutarties pakeitimų, kurie buvo padaryti prievarta. 1978 metų Anglijos teismų praktikoje kalbama apie bylą, kurioje laivų statykla už tam tikrą dolerių sumą pažadėjo pasta-

tyti tankerį, bet šiai valiutai 10 procentų nuvertėjus iš savo užsakovo reikalauja 10 procentų padidinti nesamą atlyginimą už užsakymo atlikimą, o priešingu atveju grasina nepristatyti tankerio. Nors užsakovui buvo aišku, kad laivų statyklos reikalavimas pakelti kainą yra nepagrįstas, jis su juo sutiko, nes tankerį jau buvo pažadėjęs išnuomoti mineralinių tepalų bendrovei ir norėjo išvengti tų pastangų bei netikrumo, susijusių su ieškinio dėl žalos atlyginimo nagrinėjimu teisme. Teismas laivų statyklos elgesį traktavo neleistinu ir būtų pripažinęs užsakovo reikalavimą grąžinti kainos priedą dėl *economic duress* (ekonominės prievartos), jei pastarasis po to, kai jam buvo pristatytas tankeris ir baigėsi sudėtingai susiklosčiusios aplinkybės, nebūtų 8 mėnesius delsęs pareikšti ieškinio ir taip nebūtų „patvirtinęs" sutarties pakeitimo (*North Ocean Shipping Co. v. Hyundai Constcuction Co.* [1978] 3 All E.R.1170. Palyginkime toliau *Pao v. Lau Yiu Long* [1980] A.C. 614 (P.C.); *Atlas Express Ltd. v. Kafco Ltd.* [1989] 1 All E.R.641; *Dimskal Shipping Co.S.A. v. International Transport Worker's Federation* [1991] 4 All E.R.871). Anglijos teisėjui šiais atvejais dažnai kyla kitas klausimas: ar sutarties pakeitimas vien todėl yra negaliojantis, kad sutarties šaliai, kuri savo nenaudai sutinka su pakeitimu, jos kontrahentas neatliko jokio priešpriešinio patenkinimo *(consideration)*.

32. ATSTOVAVIMAS

Ames, Undisclosed Principal – Rights and Liabilities, Yale L.J. 18 [1909] 443; *Basedow*, Das Vertretungsrecht im Spiegel konkurrierender Harmonisierungsentwürfe, RabelsZ 45 (1981) 196; *Capelle*, Das Aussenverhältnis bei der Vertretung fremder Interessen nach skandinavischem Recht, jubiliejinis Leo Raape'o leidinys (1948) 325; *Fridmann*, The Law of Agency; *Goodhart/Hamson*, Undisclosed Principals in Contract, Camb.L.J. 4 (1932) 320; *Hamel*, Le contrat de commission (1949); *Markesinis/Munday*, An Outline of the Law of Agency (1992); *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955); *to paties autoriaus*, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt, Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung (1982; čia pat perspausdinta dauguma toliau išvardytų straipsnių); *to paties autoriaus*, Die „Anomalie" der verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) des englischen Rechts, RabelsZ 17 (1952) 578, 18 (1953) 12; *to paties autoriaus*, The Undisclosed Principal, Mod.L.Rev. (1953) 299; *to paties autoriaus*, Comparative Aspects of Undisclosed Agency, Mod.L.Rev. 18 (1955) 33; *to paties autoriaus*, Law of Agency, Am.J.Comp. L.6 (1957) 165; *to paties autoriaus*, Legal Relations in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty, Am.J.Comp.L. 13 (1964) 193 ir 341; *to paties autoriaus*, The Law of Agency; atspausdinta: Civil Law in the Modern World (leidėjas *Yiannopoulos*, 1965); *Reynolds*, Agency: Theory and Practice, L.Q.Rev. 94 (1978) 224; *to paties autoriaus*, Practical Problems of Undisclosed Principal Doctrine, Current Leg.Probl. 1983, 119; *Schmitthoff*, Agency in International Trade, Rec. des Cours 129 (1970-I) 107; *de Theux*, Le droit de la représentation commerciale, Etude comparative et critique du statut des représentants salariés et des agents commerciaux, 2 tomai (1975/77).

I.

Išplėtota darbo pasidalijimo sistema ir prekių bei paslaugų pasidalijimas negali būti atliktas be atstovavimo. Fabrikantas, kuris savo prokuratorių įgalioja nupirkti žaliavų, įpėdiniai,

kurie aukciono pardavėjui patiki palikimo aukcioną, didmenininkas, kuris leidžia parduoti savo prekių per prekybos atstovus ar komisionierius – visi jie gali arba nori dėl įvairių priežasčių asmeniškai nedalyvauti tame, todėl kreipiasi į pagalbinius asmenis, kurie „už jį", „jo sąskaita", „jo įgaliojimu", „jo interesais" sudaro sandorius su trečiaisiais asmenimis. Šių asmenų veikla visur remiasi ta pačia funkcija: jie tarpininkauja trečiajam asmeniui dalyvaujant komercinėje apyvartoje, ir tai daro įgalioti trečiojo asmens.

Taip apibūdiname tik bendruosius atstovavimo instituto, apie kurį kalbame šiame skirsnyje, bruožus. Tačiau teisininkui to neužtenka. Jam reikia taisyklių, kuriomis remiantis gali būti sprendžiami šioje situacijoje kylantys konfliktai, jam reikia sąvokų, kurių dėka šios taisyklės tampa sistema.

Kontinentinės teisės sistemose šias sąvokas prigimtinės teisės teorijos mokytojai išplėtojo tik XVII ir XVIII amžiuose. Priešingai, romėnų teisė nežinojo „atstovavimo" sąvokos. Nors buvo pripažinta, kad *pater familias* priklausė viskas, ką iš trečiojo asmens įgijo tėvo valdžiai priklausantys šeimos nariai arba vergai. Tačiau buvo vadovaujamasi ne tuo, kad *pater familias* suteikė atitinkamą įgaliojimą. Priešingai, tai išplaukė iš romėnų socialinės aplinkos, pagal kurią paklūstantysis valdžiai turėjo valdžios turėtojo „pailgintos rankos statusą". Esant tam tikroms sąlygoms vėliau buvo daroma prielaida, kad kažkas atsakė už kito asmens padarytas skolas, kaip, pavyzdžiui, tada, jeigu kažkas kapitonui patikėjo laivą arba vadybininkui – verslą, arba pavaldžiam asmeniui – ypatingą turtą *(peculium)*. Tačiau tai buvo siaurai aprašytos išimtys. Bendros taisyklės, pagal kurias tam tikro veiksmo teisinės pasekmės, ypač sutarties sudarymas, tiesiogiai veikė trečiąjį asmenį, romėnų teisei buvo nežinomos: „Iš pradžių niekur nėra tiesioginio atstovavimo. Jis yra teisinis stebuklas."

Rabel, Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom (1934), išspausdinta: Rinktiniai straipsniai (leidėjas Wolf, 1971) 492. Palyginkime išsamiai *Zimmermann*, The Law of Obligations (1990) 45 ir kt.

Šis „stebuklas" tapo įmanomu, kai prigimtinės teisės teorijos mokytojai sutarčių teisę naujai pagrindė šalių autonomijos principu ir taip rado tvirtą poziciją, išeinančią už romėnų teisės ribų, kuri į šią problemą pažiūrėjo naujai. Hugo Grocijus manė esant leistina, kad pasižadėjimas „pateikiamas to asmens, kuris daiktą gavo, vardu" ir kad šiuo atveju nuosavybė tiesiogiai įgyjama iš to, „kurio vardu" sandoris sudarytas (*De iure belli ac pacis*, Lib.II Cap. XI, 18 str.). Christianas Wolffas žengė kitą svarbų žingsnį: jis mokė, kad sutartimi, kurią savo įgaliotojo vardu pagal nurodymus sudaro mandatarius arba *procurator*, galėtų būti ne tik įgyjamos teisės, bet ir jo nenaudai prisiimami įsipareigojimai (*Institutiones iuris naturae et gentium*, 380 str. ir kt.). Taip buvo padėtas pamatas, kuriuo pagrįstos švietimo laikotarpio kodifikacijos: kad sutartimi būtų pagrįstos trečiojo asmens teisės ir pareigos, sutarties šalis turi būti atitinkamai įgaliota trečiojo asmens; sutartinį pasižadėjimą ji privalo būti pateikusi „trečiojo asmens vardu", taigi sutartį sudariusi *jo vardu*. Šią taisyklę aiškiai ir tiksliai apibrėžė Pothieras (*Traité des obligations*, Nr. 74 ir 75), o ją perėmė Prancūzijos CK, kurio 1984 straipsnyje įgaliojimas pripažįstamas sandoriu, *par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.*

Iš reikalavimo, kad sandorį su trečiuoju asmeniu įgaliotinis būtų sudaręs įgaliotojo „vardu", išplaukia, kad sandoris įgaliotojui nesukelia *jokių* teisinių pasekmių, jeigu įgaliotinis, nors ir lai-

kydamasis savo įgaliojimo, veikė *ne* įgaliotojo vardu, taigi *neaiškiai* pareiškė, kad sandorio teisinės pasekmės darė įtaką įgaliotojui. Tokia išvada iš tiesų padaryta kontinentinės teisės sistemose. Jeigu kas nors, sudarydamas sutartį, veikė savo vardu, tokiu atveju atstovavimo nėra. Tik jis pats iš tokios sutarties įgyja teisių ir pareigų, ir tai netgi tada, jeigu sudaryti sutartį jį įgaliojo įgaliotojas. Sandorį jis privalo vykdyti įgaliotojo „sąskaita", jam turi būti pateikta sąskaita, o įgaliotiniui – atlyginta už jo pastangas. Šio apribojimo bendroji teisė nežino. Kad kontinente skiriamas veikimas „savo vardu" ir „kito vardu", Anglijos teisininkui truputį neįprasta, ir jam neaišku, kodėl įgaliotinio veiksmai tik pirmuoju atveju įgaliotojui gali sukurti teises ir pareigas. Jam *agency* (atstovavimas) visuomet yra ten, kai kažkas kaip *principal* (įgaliotojas) kitam, *agent* (įgaliotiniui), suteikė įgaliojimą tam tikru būdu veikti *on his behalf* (jo vardu), ypač sudaryti sutartis su trečiaisiais asmenimis. *Agency is relationship which arises when one person called the principal authorizes another, called the agent, to act on his behalf, and the other agrees to do so* (*Treitel*, p. 608). Nors pripažįstama, kad atstovaujama skirtingiems interesams, ir todėl reikia teisinio reguliavimo diferenciacijos, priklausomai nuo to, ar sudarant sutartį trečiajam asmeniui buvo žinoma, kad įgaliotojas turįs būti sutarties šalimi. Tačiau bendrosios teisės požiūriu abiem atvejais kalbama apie tą pačią reikalo esmę, būtent apie tai, kad kažkas kito įgaliojimu ir interesais palaiko prievolinius santykius su trečiuoju asmeniu.

Priešingai tam, kontinente veikimą savo vardu linkstama griežtai skirti nuo veikimo svetimo vardu. Prancūzijoje šios išvados negalime pateikti, vadovaudamiesi vien tik Prancūzijos CK 1984 straipsnyje esama *mandat* (įgaliojimas) sąvoka, nors ten parašyta, kad įgaliotinis veikia *pour le mandant et son nom*. Tačiau pripažįstama, kad įgaliojimas Prancūzijos CK prasme yra ir ten, kai įgaliotinis, pavyzdžiui, komisionierius, veikė savo vardu. Bet tokiu atveju kalbama, taip yra mokoma, apie *mandat sans représentation;* tiesioginis teisinis poveikis įgaliotojui atsiranda tik esant *représentation* (atstovavimui), kuris, žinoma, lemia veikimą svetimo vardu. Ir Italijos civilinio kodekso 1388 straipsnis reikalauja atstovo veikimo *in nome e nell'interesse del rappresentato*. Jeigu tarpininkas veikia savo vardu, visos teisės ir pareigos atsiranda tik jam, tai yra ir tais atvejais, kai pagal 1705 straipsnį tretysis asmuo žino, kad įgaliotinis sandorį sudarė įgaliotojo sąskaita ir interesais.

Žinoma, galima paklausti, ar iš tiesų yra pagrįsta taip griežtai skirti veikimą svetimo vardu nuo veikimo savo vardu. Kontinentinės teisės sistemos ne tik gali, bet ir privalo pripažinti, kaip mes dar pamatysime, šias dvi veiklos rūšis, nes ir veikimas savo vardu gali sukelti teisinių pasekmių tam, kurio sąskaita buvo veikta. Tiek veikiant savo, tiek ir svetimo vardu šios veiklos dalyviai siekia to paties ekonominio tikslo. Jei kas nors prekeivį meno dirbiniais įgaliojo už jį įgyti tam tikrą paveikslą iš trečiojo asmens, abi šalys siekia, kad įgaliotojas būtų paveikslo savininkas, sumokėtų už paveikslą nustatytą kainą ir prekeiviui kompensuotų jo išlaidas. Šis tikslas pasiekiamas nepriklausomai nuo to, ar prekeivis meno dirbiniais derybose su trečiuoju asmeniu išaiškino, nurodė arba nutylėjo, kad jis veiks už įgaliotoją (įvardytą ar neįvardytą). Todėl veikimas savo vardu ir veikimas svetimo vardu – ekonominės jų funkcijos požiūriu – to paties medžio vaisiai, ir dėl to reikia pripažinti, kad bendrajai teisei su atstovavimo sąvoka šie tikslai pasiekiami geriau, nei kontinentinėje teisėje.

Antra vertus, pavaizduoto skirtumo negalima pervertinti praktine prasme. Tai rodo 1983 metais Ženevoje sudaryta *Convention on Agency in the International Sale of Goods* (Konvencija dėl atstovavimo tarptautiniame prekių pardavime). Joje aptariamas atvejis, kai *one person, the agent, has*

authority or purports to have authority on behalf of another person, the principal, to conclude a contract of sale of goods with a third party (1 str., 1 d.); 1 str. 4 d. išaiškinama, kad nepriklauso nuo to, *whether the agent acts in his own name or in that of the principal.* Taigi nors konvencija remiasi bendrosios teisės plačia atstovavimo sąvoka, susitarimas dėl įgaliotinio įgaliojimo suteikimo, apimties ir baigties pasiekiamas be jokių sunkumų. Tiesa, keblus buvo klausimas, kokios yra įgaliotojo teisės ir pareigos, jeigu įgaliotinis sutartį su trečiuoju asmeniu sudarė *on his behalf* (savo vardu), ir pastarasis pagal aplinkybes galėtų daryti prielaidą, kad tik įgaliotinis ir niekas kitas bus sutarties šalimi. Apie tai mes dar kalbėsime. Apie konvenciją palyginkime išsamiai *Bonell* Am.J.Comp.L. 32 (1984) 717; *Hanisch,* jubiliejinis leidinys, Giger (1989) 251; *Stöcker* WM 1983, 778; *Mouly* Rev.int.dr.comp. 35 (1983) 829.

II.

Kitas svarbus kontinentinės teisės valstybėms klausimas – kaip taisyklės, reglamentuojančios atstovavimo teisę, sugrupuojamos į sistemą ir kaip teisiškai įtvirtinamos. Šiuo atveju kalbama apie santykį tarp sutarties, kuria įgaliotojas susijęs su įgaliotiniu, ir tarp sandorio, kuriuo įgaliotojas įgaliotiniui suteikia „įgaliojimą", taigi jam perduoda teisę atstovauti sudarant sutartis su trečiaisiais asmenimis. Šie sandoriai anksčiau nebuvo atskiriami. Priešingai, buvo preziumuojama, kad kiekvienas įgaliojimas remiasi tam tikru pavedimu ir jam daugiau ar mažiau yra identiškas. Todėl Austrijos CK nuo 1002 straipsnio prasideda skirsnis, kuriame kalbama „apie įgaliojimą bei kitus reikalų tvarkymo būdus" ir apie „sutartį dėl įgaliojimų suteikimo". Prancūzijos civilinis kodeksas *mandat* apibrėžia kaip *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* (1984 str.), tačiau šią sąvoką vaizduoja ir kaip vieną iš daugelio prievolinių teisinių santykių.

Priešingai tam Jheringas 1847 metais pirmasis nurodė, kad tarp šalis jungiančio sutartinio santykio (kartu gali būti kalbama apie darbo sutartį ir įmonės steigimo sutartį) ir įgaliojimo suteikimo turi būti skirtumas; Labandas netgi manė, kad abu sandoriai vienas nuo kito nepriklausomi, taigi klausimas, kokia apimtimi ir kokia trukme suteikiamas įgaliojimas (ir todėl įgaliotinis gali veikti už ir prieš įgaliotoją), griežtai skiriamas nuo kito klausimo, ar tarp šalių yra sudaryta sutartis (ir ką įgaliotinis pagal sutartį *turi* daryti kitam asmeniui). Ši doktrina išsikovojo pripažinimą ne tik Vokietijoje, bet yra ir visų modernių civilinių kodeksų pagrindas. Nors praktinės problemos su ja yra sprendžiamos taip pat, kaip ir be jos. Tačiau ji sukėlė tam tikrų pasekmių, o būtent, kad taisyklės apie įgaliojimų suteikimą, apimtį, trukmę ir atšaukimą aiškiai atskiriamos nuo taisyklių apie šalis jungiančių sutartinių santykių turinio. Šis skirtumas buvo užfiksuotas ne tik vadovėliuose ir mokslo doktrinose, bet ir įvairiuose kodeksų skirsniuose.

Palyginkime Vokietijos CK 164 str. ir kt.; Šveicarijos PK 32 str. ir kt.; Švedijos sutarčių įstatymo 10 str. ir kt. (perimtas iš kitų Šiaurės valstybių); Italijos CK 1387 str. ir kt.; Graikijos CK 211 str. ir kt.; Portugalijos CK 258 str. ir kt.; Olandijos CK 3:60 str. ir kt. Palyginkime apie tai išsamiai *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955) 2 ir kt.

Ir bendrojoje teisėje labai gerai yra žinoma, kad *agency* (atstovavimas) yra dviveidis, nes jis gali būti apibrėžiamas tiek prievolinių teisinių santykių požiūriu (kiek tai sulyginama su

pirkimo ir pardavimo arba nuomos sutartimi), tiek ir atstovavimo teisės perdavimo *(authority)* požiūriu. Toliau yra pripažįstama, kad *authority* gali būti ir ten, kur trūksta galiojančio sutartinio santykio, nebent jo pagrindu nėra priešpriešinio patenkinimo arba įgaliotinis yra nepilnametis ir dėl tos priežasties negali sudaryti galiojančios sutarties. Tačiau ši sąvoka niekur neišsikovoja aiškaus apibrėžimo, ir tai turbūt dėl to, kad atstovavimo teisė Anglijoje nėra kodifikuota. Todėl išsamiai apibrėžtos sąvokos, kurios lyg ir reikalautų kokybiška įstatymų leidyba, šiuo atveju lyg ir nereikia. Negalima stebėtis nešališkumu, kuriuo aptariant atstovavimo teisę Anglijos vadovėliuose nagrinėjamas klausimas, kokiomis sąlygomis įgaliotojas privalo sumokėti įgaliotiniui komisinius arba būti apgintas nuo trečiųjų asmenų reikalavimų ir atvirkščiai, kada įgaliotinis privalo įgaliotojui atlyginti žalą, atsiradusią dėl nevykdymo pareigos sąžiningai atstovauti jo interesams.

III.

Dažnai lyginamosios teisės specialistas konstatuoja, kad savaime suprantama laikyta teisė, kuri turėtų egzistuoti atsižvelgiant į daikto prigimtį, yra niekas kitas kaip bemaž nepakartojamas, ypatingomis istorinėmis ar sociologinėmis sąlygomis besiremiantis institutas, kuris, kaip tai dažniausiai tenka pripažinti, kitose sistemose nėra žinomas. Todėl nieko nenustebinsi tvirtinimu, kad visaapimantis įstatyminis atstovavimas yra ideali, jei ne vienintelė, įmanoma sąvoka, kurios pagalba neveiksnūs asmenys, kaip antai, nepilnamečiai, asmenys, pripažinti ribotai veiksniais, bei psichiniai ligoniai gali dalyvauti teisiniuose santykiuose. Tačiau pasirodo, kad bendrojoje teisėje puikiai išsiverčiama ir be šios sąvokos.

Iš tiesų Anglijos teisėje yra tik keli pavieniai atvejai, kai pagal įstatymą kažkas tampa kito asmens *agent* (įgaliotiniu). Priešingai, visuotinė nuostata, kad neveiksnių asmenų dalyvavimą civiliniuose teisiniuose santykiuose galima užtikrinti „įstatyminiu atstovavimu“, bendrajai teisei yra svetima. Ypač tėvai neturi teisės atstovauti savo vaikams civilinėje apyvartoje ir teisme. Nors 1989 metų *Children Act* (Vaikų įstatymu) tėvams perduodama *parental responsibility* (tėvų atsakomybė), kuri jų atžvilgiu apibrėžiama kaip *all the rights, duties, powers, responsibilites and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property. Kokios* tai teisės, įstatyme nepasakyta, ir kiekvienu atveju turi būti atskirai sprendžiama, ar, pvz., kalbama apie vaiko turto administravimą, ar apie sutikimą mediciniškai apžiūrėti vaiką, ar apie jam atstovavimą ieškovu arba atsakovu civiliniame procese. Jei sutartį sudaro nepilnametis, jos galiojimas priklauso ne nuo „įstatyminio atstovo“ sutikimo, o iš esmės nuo to, ar sutartis nepilnamečiui naudinga, ar ne. Jei nepilnametis yra žemės sklypo savininkas ar turto turėtojas, tai turi būti ir kažkas, kas turi teisę žemės sklypą ar turtą už nepilnametį administruoti ar jį valdyti. Tačiau ir šiuo atveju nereikia tėvų „įstatyminio atstovavimo“. Jei vaikas turtą įgyja palikimu ar gauna dovanų, tai bendrojoje teisėje paprastai įvyksta taip, kad palikėjas arba dovanotojas turtą paskiria turto administratoriui *(trustee)*, kuris įgyja *legal title* (nuosavybės teisę pagal įstatymą) ir kartu įgalinimus administruoti bei valdyti turtą; vaikas, kaip *equitable owner* (teisėtas savininkas), gali reikalauti vien tik turto duodamų pajamų, jei tai yra leistina pagal palikėjo ar dovanotojo nurodymus. Jei vaikas turi dalyvauti procese, kaip, pavyzdžiui, aukščiau minėtu atveju prieš turto administratorių, kuris nesuteikia jam turto duotų pajamų arba veikė kitokiu nesąžiningu bū-

du, jam paprastai atstovaus tėvai, tačiau ne dėl to, kad šią teisę jiems automatiškai suteikia „įstatymis atstovavimas", bet todėl, kad teismas juos *ad hoc* paskirs kaip *next friend* (atstovaujančius nepilnamečio interesams), o proceso *prieš* vaiką atveju – kaip *guardian ad litem* (teismo paskirtais nepilnamečio atstovais konkrečiai bylai), jei, atsižvelgiant į situaciją, teismui tai pasirodys esant protinga.

IV.

Jau anksčiau kalbėta apie tai, kad kontinentinės teisės sistemose skiriama, ar įgaliotinis sutartį su trečiuoju asmeniu sudarė savo vardu, ar įgaliotojo. Apie „atstovavimą" kalbama tik paskutiniuoju atveju, taigi tada, kai tretysis asmuo suvokia, jog teisinės pasekmės iš sutarties atsiras įgaliotojui, arba jei tai išplaukia iš aplinkybių. Tačiau jei įgaliotinis veikė savo vardu, turime „netiesioginį" atstovavimą, *représentation imparfaite*, *mandat sans représentation*. Vadinasi, teisės ir pareigos iš sutarties kils tik pačiam įgaliotiniui, net jei jis jas siekė sukurti trečiajam asmeniui, kaip tai yra „tikro" atstovavimo atveju, kai atstovas veikia kito asmens interesais, rizika ir sąskaita.

Šio atskyrimo nenagrinėja bendroji teisė: jei įgaliotinis įgaliotojo sąskaita įgaliojimų apimtimi sudaro sutartį su trečiuoju asmeniu, pagal šią sutartį įgaliotojas iš esmės turi teisę ir yra įsipareigojęs ir tada, jeigu įgaliotinis sutarties sudarymo metu nutylėjo apie įgaliotoją ir sudarė įspūdį, kad tik jis pats nori tapti sutarties šalimi.

Teorija apie *undisclosed principal* (nenurodytą įgaliotoją) bendrojoje teisėje aiškinama kaip *Anomalie* (anomalija), nes ji prieštarauja bendrajam principui, pagal kurį sutartinių prievolių įvykdymo reikalauti turi tik sutarties šalis, o ne tretysis asmuo, konkrečiu atveju – *undisclosed principal* (nenurodytas įgaliotojas). Palyginkime *Pollock* L.Q.Rev. 3 (1887) 358, 359: *The plain truth ought never to be forgotten that the whole law as to the rights and liabilities of an undisclosed principal is inconsistent with the elementary doctrines of the law of contract. The right of one person to sue another on a contract not really made with the person suing is unknown to every legal system except that of England and America.* Daug dėmesio skiriama klausimui, kokios priežastys bendrojoje teisėje pateisina šios srities egzistuojančias anomalijas. Amesas įgaliotoją aiškino kaip naudos gavėją iš *trust* (pasitikėjimo) santykio tarp tarpininko ir trečiojo asmens; pagal Goodhartą ir Hamsoną įgaliotojas perima tarp trečiųjų asmenų sudarytą sutartį. *Lord Justice* (teisėjas, Lordų Rūmų narys) Diplockas atstovavo nuomonei, kad taisyklėmis apie *undisclosed principal* (nenurodyto įgaliotojo) teises ir pareigas siekiama procesą supaprastinti, t.y. nereikalingais daro tam tikrus ieškinius, su kurių pagalba įgaliotojas turi gauti įgaliotinio sutikimą dėl tam tikrų reikalavimų pareiškimo tretiesiems asmenims arba atvirkščiai, kai įgaliotiniui reikia įgaliotojo sutikimo, norint būti atleistam nuo trečiojo asmens jam pareiškiamų reikalavimų: *It may be that this rule relating to „undisclosed principals", which is pecular to English law, can be rationalized as avoiding circuity of action, for the principal could in equity compel the agent to lend his name in an action to enforce the contract against the contractor, and would at common law be liable to indemnify the agent in respect of the performance of the obligations assumed by the agent under the contracts* (*Freemann & Lockyer v. Buckhurst Park Properties* [1964] 2 Q.B. 480, 503). Vokietijoje šias problemas plačiai nagrinėjo Müller-*Freienfelsas* žurnale RabelsZ 17 (1952) 578, 18 (1953) 12.

Jis prieina prie išvados, kad tiesioginis neįvardyto įgaliotojo įgaliojimas ir įsipareigojimas kildinamas iš to, kad bendroji teisė, lygiai kaip ir priešpriešinio patenkinimo teorijoje, orientuoja į asmenis, tarp kurių vyksta pasikeitimas tam tikrais veiksmais: šie asmenys iš esmės yra įgaliotojas ir tretysis asmuo; įgaliotinis šiame pasikeitimo santykyje tėra tarpininkas.

Ypač kontinentinės teisės požiūriu bematant kyla klausimas, kaip teorija apie *undisclosed agency* (nenurodytą atstovavimą) praktikojeprideramai atsižvelgia tiek į įgaliotojo, tiek į trečiojo asmens interesus. Egzistuoja dvi problemos, kurios nusipelno dėmesio ir šiuo atveju turėtų būti tiksliau išnagrinėtos: kaip bus apsaugotas trečiasis kontrahentas, jeigu neįvardytu likęs įgaliotojas pirmiausia jo pareikalaus įvykdyti sutartį, kurią jis sudarė pasitikėdamas tuo, kad šis teisiniais santykiais susijęs tik su savo sutarties šalimi? Toliau: kaip galima pagrįsti priešingu atveju, kad tretysis asmuo sutarties įvykdymo gali reikalauti ne tik iš savo vardu pasisakančio tarpininko, bet ir iš jo įgaliotojo, nors apie pastarojo buvimą sutarties sudarymo momentu jis dar nežinojo?

Pirmuoju klausimu bendroji teisė išplėtojo daugybę taisyklių, kurios labai susilpnino nenurodyto įgaliotojo galimybę pareikšti ieškinį teisme. Mechemas šias taisykles apibendrina taip: „The undisclosed principal may not enforce the contract where the effect is to prejudice the third party". Kitais žodžiais – įgaliotojas savo ieškiniu negali trečiojo asmens įstumti į blogesnę padėtį, nei į tą, kurioje jis atsirastų, jei sutartis būtų vykdoma tarp šio asmens ir įgaliotinio.

Green v. Downs Supply Co. [1927] byloje atsakovė su įgaliotiniu sudarė pirkimo ir pardavimo sutartį tik todėl, kad ji, remdamasi jau ankstesniu reikalavimu tikėjosi, jog bus įskaityta įgaliotinio reikalaujama pirkimo kaina. Nenurodyto įgaliotojo ieškinys, kurio sąskaita įgaliotinis kontrahavo, buvo atmestas. *Said v. Butt* [1920] 3 K.B. 497 byloje ieškovas įsikalė į galvą aplankyti teatro premjerą. Kadangi teatro direkcija jo atžvilgiu buvo nusiteikusi neigiamai ir jam nebūtų pardavusi bilieto, jis tuo pasirūpinti leido savo draugui. Tačiau veltui: premjeros vakarą teatro direktorius neleido ieškovui sėsti į savo vietą. Ieškovo argumentas, kad jis, kaip nenurodytas įgaliotojas, įgijo teisę reikalauti, buvo atmestas. Galima apibendrinti: jei sutartis aiškinama taip, kad tretysis asmuo buvo suinteresuotas, jog visos sutarties teisės ir pareigos kiltų tik jam žinomai sutarties šaliai, nenurodytas įgaliotojas praranda teisę į ieškinio patenkinimą. Bylos, kuriose tokio pobūdžio trečiojo asmens interesas yra neigiamas ir reikalavimo teisę įgyja įgaliotojas: *Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co.* 211 N.Y. 68, 105 N.E. 88 (1914); *Dyster v. Randall & Sons* [1926] Ch. 932.

Jei asmuo sudarė sutartį su įgaliotiniu, nieko nežinodamas apie įgaliotojo egzistavimą, vėliau pasirodžiusio įgaliotojo atžvilgiu jis turi tokias pat teises, kaip ir įgaliotinio atžvilgiu. Todėl tretysis asmuo įgaliotojo atžvilgiu gali vadovautis tuo, kad tam tikri veiksmai įgaliotiniui buvo atlikti kaip šios sutarties šaliai; ir tretysis asmuo iš įgaliotojo gali tikėtis jam priklausančio reikalavimo patenkinimo, jei šis reikalavimas jam priklausė jau sutarties sudarymo momentu.

Palyginkime *Browning v. Provincial Ins. Co. of Canada* (1873) L.R. 5 P.C. 263; *Montagu v. Forwood* [1893] 2 Q.B. 350; *Cooke v. Eshelby* (1887) 12 App. Cas. 271; *Treitel* 630 ir kt.; Jungtinėse Valstijose galioja tas pats, palyginkime *Restatement Agency 2d* (1958) 302 str. ir kt.

Taigi bendroji teisė nenurodytam įgaliotojui pripažįsta teisę į ieškinio pareiškimą. Šios teisės realizavimas neprieštarauja civilinės apyvartos apsaugai bei kontinente esančiam skirtumui tarp „tiesioginio" ir netiesioginio atstovavimo. Čia pateikta situacija nėra panaši į tas, kurios Vokietijos teisėje atsiranda perleidžiant reikalavimus: Vokietijos civilinis kodeksas taip pat kaip ir bendroji teisė suteikia galimybę, kad kreditoriaus turimas reikalavimas būtų leistas kitam kreditoriui, skolininkui apie tai nieko nežinant. Jeigu nenurodyto įgaliotojo teisė į ieškinį dėl ypatingų sutartinių teisinių santykių tarp įgaliotinio ir trečiojo asmens yra neįmanoma, Vokietijos teisė cesijai kelią užkirstų CK 399 straipsniu. Jeigu bendroji teisė apriboja nenurodyto įgaliotojo teises santykiuose su trečiaisiais asmenimis, Vokietijos teisė panašių rezultatų pasiekia, apribodama cesionaro teises (Vokietijos CK 406 ir 407 str.). Neabejojant galima daryti išvadą, kad nėra būtina griežtai atskirti tiesioginį ir netiesioginį atstovavimą. Priešingai, bendroji teisė parodo, kad nenurodyto įgaliotojo interesas skųsti jo sąskaita sudarytą sutartį ir trečiojo asmens interesas, pasitikint savo sutarties šalies identiškumu, būti apsaugotam, yra vienodai vertingi ir saugomi – tokių pat tikslų randama ir Vokietijos cesijos institute.

Kontinentinės teisės sistemose yra būdų, kurie, nepaisant atvirumo principo, netiesioginiam atstovui viena ar kita forma leidžia įsiterpti į jo sąskaita per tarpininką sudarytą sutartį. Šveicarijos PK 401 str. 1 d. nustato, kad reikalavimų teisės, kurias „įgaliotinis įgaliotojo sąskaita savo vardu įgijo trečiojo asmens atžvilgiu, pereina įgaliotojui, kai tik šis vykdo visus įsipareigojimus, atsiradusius iš įgaliojimo santykio". Romaniškosiose teisės sistemose tų pačių rezultatų pasiekiama, įgaliotojui trečiojo asmens atžvilgiu tiesiogiai suteikiant *action directe* (tiesioginį ieškinį).

Palyginkime Prancūzijos CK 1994 str. 2 d., Italijos CK 1705 str. 2 d. ir iš Prancūzijos teismų praktikos Req.1924.10.28, D.H. 1924, 683; Paris 1934.10.17, Gaz.Pal. 1934. 2. 781 (tiesioginis banko kliento ieškinys trečiajam bankui, kuriam jo aptarnaujantis bankas perdavė įgaliojimų vykdymą); Routen 1950.2.2, Gaz. Pal. 1950. 1. 345 (sandėliuotojo ieškinys įgaliotojo pakeistam sandėlio savininkui); Civ. 1896.12.1, Gaz.Pal. 1897. 1. 10 (siuntėjo ieškinys tiesiogiai krovinio vežėjui apeinant ekspeditorių). Palyginkime ir Olandijos CK 7:412 str. 1 d.: pagal jį įgaliotojas, pateikęs raštišką paaiškinimą, turi teisę perimti įgaliotinio teises trečiojo asmens atžvilgiu, jeigu įgaliotojas įgaliotinio atžvilgiu pažeidė sutartinius įsipareigojimus ar subankrutavo. Atitinkamai ypač kruopščiai išdailintą nuostatą randame 1914 04 18 Švedijos (perimtą Danijoje ir Norvegijoje) įstatymo Apie komisą, prekybos agentūras ir prekybos agentus 56 ir kituose straipsniuose. Palyginkime Ženevos susitarimo 13 straipsnį.

Pagaliau visos teisės sistemos yra vieningos nuomonės dėl to, kad tai, ką yra skolingas tretysis asmuo, turi būti naudinga ne jo sutarties šalies kreditoriams, bet tam, kurio sąskaita sutarties šalis veikė. Anglijos teisėje tai išplaukia iš to, kad *undisclosed principal* (nenurodytas įgaliotojas) gali pareikšti ieškinį, nepriklausomai nuo to, kad įgaliotinis bankrutavo, tiesiogiai trečiajam asmeniui. Kontinentinės teisės sistemos tų pačių rezultatų pasiekia įgaliotojui suteikdamos pirmumo teisę patenkinti reikalavimus, kurie įgaliotiniui tenka iš sandorio su trečiuoju asmeniu.

Šveicarijos PK 401 str. 2 d.; Italijos CK 1707 str.; 1986 01 25 Prancūzijos bankroto įstatymo 122 str.; toliau (jei kalbant apie įgaliotoją omeny turimas komitentas) Prekybos statymo 392 str. 2 d.; Švedijos komiso įstatymo 57 II 61 str. ir kt.

VI.

Nepaisant skirtingų išeities taškų, bendroji teisė ir kontinentinė teisė panašių rezultatų pasiekia, jei kalbama apie „nenurodyto“ įgaliotojo reikalavimus trečiojo asmens atžvilgiu. Šis vaizdas keičiasi, kai paklausiame, kokie reikalavimai priklauso trečiajam asmeniui „nenurodyto“ įgaliotojo atžvilgiu.

Bendrojoje teisėje neabejojama trečiojo asmens teise į ieškinį, jei tik išimties tvarka nebus įrodoma, kad jis su įgaliotiniu akivaizdžiai arba tylėjimu susitarė, jog pagal šį susitarimą jam turėtų būti atsakingas tik įgaliotinis. Jei tokio susitarimo nėra, tretysis asmuo po to, kai sužinojo apie įgaliotojo asmenį, gali rinktis, ar jis nori gaišinti jį, ar įgaliotinį. Žinoma, šios pasirinkimo teisės netenkama, kai tik tretysis asmuo pasirenka vieną iš skolininkų, pvz., žinodamas įgaliotojo asmenį, pareiškė ieškinį įgaliotiniui ir jo atžvilgiu išsikovojo sprendimą. Jei trečiajam asmeniui priklauso tokia teisė į ieškinį ir jis reikalauja iš įgaliotojo sumokėti pirkimo kainą, kurią jam liko skolingas įgaliotinis, įgaliotojas negali gintis tuo, kad jis jau sumokėjo kainą įgaliotiniui ir šis jos neperdavęs trečiajam asmeniui. Iš esmės tokiu atveju įgaliotojas pirkimo kainą trečiajam asmeniui privalo mokėti antrą kartą. Tai pateisinama tuo, kad įgaliotojas išsirinko įgaliotinį kaip savo sutarties šalį ir todėl jam tenka rizika už tai, kad įgaliotinis gautą sumą panaudojo kitiems, nei sutartyje numatytiems, tikslams.

Palyginkime *Treitel*, p. 634; *Cheshire/Fifoot(-Furmston)*, p. 490 ir kt. Lygiai taip pat *Restatement Agency 2d* (1958) 208 straipsnis.

Kontinentinės teisės sistemos tokios trečiojo asmens ieškinio pareiškimo teisės nežino. Kas sudaro sutartį su kitu, jei tas kitas veikė savo vardu, gali laikytis jo kaip sutarties šalies, žino jis ar ne, kad kitas asmuo, pavyzdžiui, komisionierius sandorį sudarė įgaliotojo sąskaita. Tai galioja ir tais atvejais, kai į teisę pareikšti ieškinį atsakoma teigiamai priešinga kryptimi, taigi pripažįstamas nenurodyto įgaliotojo tiesioginis reikalavimas trečiajam asmeniui.

Palyginkime *Wahl*, Précis de droit commercial (1922) 464; *Lyon – Caen/Renault*, Traité de droit commercial III (1923) Nr. 474; *Ripert/Roblot*, Traité élémentaire de droit commercial II (1992) Nr. 2658; kitaip tik *Starck*, Le contrat de commission (leidėjas Hamel, 1949) 167. Italijos *Codice civile* (civilinis kodeksas) 1705 str. 2 d. 2 sakinys aiškiai nustato: *I terzi non hanno alcun rapporto col mandante*. Kitaip Olandijos teisė; plg. Olandijos CK 7:413 str.

Priešingą nuomonę, kuriai atstovaujama bendrojoje teisėje, paprastai bandoma pagrįsti samprotavimu, kad įgaliotojas įgaliotiniui suteikė įgaliojimą sudaryti sandorį, tuo pačiu sukūrė prielaidų jo veikimui teisinėje apyvartoje ir todėl jam tenka rizika už tai, kad įgaliotinio nemokumo atveju kontrahentams padaroma žala.

Tokiais paaiškinimais bendrojoje teisėje siekiama legitimuoti trečiojo asmens teisę į ieškinį. Vien tik už šio argumento slypintis interesų vertinimas galėtų būti traktuojamas kaip anglosaksiška ypatybė, kurios nereikia pamėgdžioti. Kontinentinės teisės sistemų sprendimas, kuriuo tarpininko nemokumo rizika primetama trečiajam asmeniui, atmetant jo tiesioginį ieškinį įgaliotojo atžvilgiu, mūsų nuomone, yra geresnis, nes remiasi protinga mintimi, kad kiekvienas, tikėdamasis nusivilti savo kontrahento nemokumu, už riziką privalo atsakyti pats. Ypač komiso sutartyje neįtikina tai, kodėl tretysis asmuo, kaip daikto pardavėjas, tik todėl gali reika-

lauti iš komitento pirkimo kainos, kad pardavėjas, kaip sutarties šalis, daiktą įsigijo ne savo (kaip papildomai išaiškėja atsižvelgus į aplinkybes), o svetimo sąskaita. Teisinga yra tai, kad įgaliotojas vykdomus sandorius įgaliojo atlikti savo sąskaita. Bet iš to bendrojoje teisėje daryti išvadą, kad įgaliotojas privalo atsakyti visų trečiųjų asmenų atžvilgiu, su kuriais įgaliotinis kontrahuotų, mums svetima. Tretysis asmuo, kuris šiais atvejais yra nuolatinis prekių tiekėjas, gali, kaip įprasta, užsitikrinti tuo, kad jis susitarė dėl nuosavybės perėjimo ir taip iš anksto garantavo, jog pirkėjo reikalavimai bus pareikšti įgaliotojui.

Ženevos konvencija šiuo klausimu prisijungė prie bendrosios ir Olandijos teisės. Pagal 13 str. 2(b) d. tretysis asmuo sutartinius reikalavimus, kurie priskiriami įgaliotiniui kaip sutarties šaliai ir pastarosios nėra įvykdomi, gali pareikšti ir įgaliotojo atžvilgiu. Tačiau jis privalo leisti pateikti visus prieštaravimus, kuriais galėtų remtis įgaliotinis santykyje su juo ir įgaliotojo santykyje su įgaliotiniu. Vadinasi, įgaliotojas, kitaip nei bendrojoje teisėje, iš esmės atleidžiamas nuo mokėjimų įgaliotiniui. Iš 13 str. 7 d. išplaukia, kad šios taisyklės turi galioti tik kilus abejonei. Taigi jos negalioja, jeigu remiantis šalių valia trečiajam asmeniui atsakyti turėtų vien tik įgaliotinis.

33. REIKALAVIMO PERLEIDIMAS

Arndt, Zessionsrecht, Beiträge zum Recht der Foderungsabtretung im internationalen Verkehr (1932); *Bailey*, Assignment of Debts in England From the Twelfth to the Twentieth Century, L.Q.Rev. 47 (1931) 516, 48, (1932) 248, 547; *Fontaine*, La transmission des obligations „de lege ferenda", atspausdinta: La transmission des obligations (IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980) 611; *Ghestin*, La transmission des obligations en droit fran ais positif, atspausdinta: La transmission des obligations (IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980) 3; *Huwiler*, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht (1975); *Jäggi*, Zur „Rechtsnatur" der Zession, SJZ 67 (1971) 68; *Klein*, Die Abtretung von Forderungen nach englischem Recht, WM 1978, 390; *Kötz*, Rights of Third Parties: Third Party Beneficiaries and Assignment, Int.Enc.Comp.L.Vol. VII, Ch. 13 (1992) 52 ir kt. (The Transfer of Rights by Assignment); *Luig*, Zur Geschichte der Zessionslehre (1966); *to paties autoriaus*, Zession und Abstraktionsprinzip, atspausdinta: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (leid. Coing ir Wilhelm) II (1977) 112; *Malcolm*, Accounts Receivable Financing Under the Uniform Commercial Code, RabelsZ 30 (1966) 434; *Maier*, Zur Geschichte der Zession, jubiliejinis leidinys, Rabel II (1954) 205; *Marshall*, The Assignment of Choses in Action (1950); *Moecke*, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb (1962); *Mummenhoff*, Vertragliches Abtretungsverbot und Sicherungszession im deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Recht, JZ 1979, 425; *Neumayer*, La transmission des obligations en droit comparé, atspausdinta: La transmission des obligations (IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980) 193; *Van Ommeslaghe*, Le nouveau régime de la cession st de la dation en gage des créances, J.Trib. 114 (1995) 529.

I.

Reikalavimo teisių perleidimas, kai ūkyje išplėtota pinigų ir kreditų apyvarta, mums atrodo savaime suprantamas dalykas. Šiandien reikalavimas, lygiai kaip ir kilnojamas daiktas ar žemės sklypas, nagrinėjamas kaip rūšiniais požymiais apibrėžtas daiktas; jis tuo pačiu nagri-

nėja tik vieną iš galimų agregatinių būsenų, kurią gamybos veiksnys „kapitalas" gali akceptuoti ūkinėje apyvartoje. Todėl egzistuoja poreikis, kad reikalavimo teisės, lygiai kaip ir kiti turtiniai objektai, galėtų būti perduoti kitiems asmenims. Visos šiuolaikinės teisės sistemos, nors ir viena nuo kitos nukrypstančios, naudojimui pateikia teisines formas, kuriomis galėtų būti vykdomas perleidimas.

Žinoma, galimybė perleisti reikalavimo teisę yra pripažinta tik baigiantis ilgai teisės istorijos raidai. Tiek romėnų, tiek ir senojoje Anglijos bendrojoje teisėje išeities taškas buvo principas, kad reikalavimo teisė nėra perduodama. Šis principas, panašiai kaip ir principas apie sutarties trečiojo asmens naudai negalimumą, kilo iš idėjos, kad reikalavimas yra vien asmeninio pobūdžio teisė, kadangi jis atsirado iš konkrečių kreditoriaus ir skolininko teisinių santykių ir savo nuožiūra negali būti panaikintas. Ilgainiui tiek romėnų, tiek bendroji teisė išplėtojo institutus, su kurių pagalba pamažu išryškėjantis ekonominis poreikis dėl reikalavimo teisės perleidimo, nedalyvaujant skolininkui, buvo bent iš dalies patenkintas. Romėnai leido, kad kreditorius „cesionarą" byloje paskirtų savo *cognitor* arba *procurator in rem suam*, įgaliodamas jį savo vardu pareikšti ieškinį dėl reikalavimo ir tai, kas išsikovota, pasilikti sau. Šio sprendimo trūkumas yra tas, kad kreditorius įgaliojimą galėjo atšaukti iki proceso pradžios ir pats pareikšti ieškinį teisme, kad apgintų reikalavimą, kurio turėtoju toliau liko. Cesionaras savo interesus galėjo užtikrinti su cedentu sudarydamas stipuliacijos sutartį, pagal kurią šis pasižadėdavo neatsisakyti perleidimo. Vėliau imperatoriškuoju laikotarpiu palikimo perėmėjui, paskui atskiro reikalavimo perėmėjui, pagaliau – Justiniano laikais – *kiekvienam* cesionarui skolininko atžvilgiu buvo užtikrintas *actio utilis*. Nors čia pat šalia cesionaro ieškinio pareiškimo teisės savininku liko ir cedentas. Justiniano laikais pripažinta, kad skolininkas išlaisvinančiu poveikiu nebegali veikti cedento, jeigu cesionaras pranešė jam apie perleidimą (plg. apie tai Zimmermann, *The Law of Obligations* [1990] 58 ir kt.).

Procurare in rem suam panašią funkciją bendrojoje teisėje atliko *power of attorney:* čia kreditorius cesionarui suteikė galimybę reikalauti jam priklausančios teisės įvykdymo, šiandien bendrojoje teisėje dar vadinamą *chose of action* – pareikšti ieškinį kreditoriaus vardu be įsipareigojimo atsiskaityti už gautus pinigus. Tačiau šis sprendimas nuo tikro reikalavimo teisės perleidimo buvo dar toli, nes įgaliojimui atstovauti procese kreditorius galėjo atšaukti bet kuriuo metu, o jam mirus ši teisė paprastai baigdavosi. Išsamesnei cesionaro apsaugai Anglijos teismai iki XVI amžiaus nebuvo pasiruošę, nes tuo metu buvo bijoma, kad nesąžiningi asmenys savo reikalavimus perleis teisminio įgyvendinimo tikslais.

Palyginkime *Winfield* L.Q.Rev. 35 (1919) 143. Ir prigimtinės teisės kodifikacijose reikalavimų perleidimas vis dar lyg ir siejamas su apgaule, jeigu nustatyta, kad ginčijamojo reikalavimo perleidimas nuo pat pradžių yra niekinis, jei cesionaras dirba teismo tarnautoju, advokatu arba notaru to teismo, kuriame teisinis ginčas dėl reikalavimo neišspręstas ar galėjo būti neišspręstas, apskrityje, plg. ALR 385 I 11 straipsnį, Prancūzijos CK 579 straipsnį ir Italijos CK 1261 straipsnį. Prie jų priskiriama savita, pagal *lex Anastasiana* sukurta – Prancūzijos CK 1699 ir kitų straipsnių nuostata. Jei ginčijamasis reikalavimas perleistas atlygintinai, skolininkas turi teisę cesionaro atžvilgiu padengti reikalavimą – sumokėti jam pirkimo kainą, kurią šis sumokėjo cedentui. Ir ši nuostata remiasi samprotavimu, kad profesionali prekyba ginčytinais reikalavimais turi būti sustabdyta dėl visuotinės gerovės. Šiuolaikinėje teorijoje visiškai pagrįstai vengiama *bendrų* draudimo ar apsaugos nuostatų. Šiandieną paprastai atsižvelgiama į konkrečios bylos aplinkybes, o reikalavimo per-

leidimas pripažįstamas niekiniu dėl prieštaravimo geriems papročiams tokiu atveju, jei juo siekiama vien tik smerktinų tikslų; plg. Šveicarijoje: BGE 58 II 162; BGE 87 II 203; Vokietijoje: RGZ 81, 175; BGH MDR 1959, 999; BGH NJW 1974, 50; Austrijoje: OGH JBl. 1957, 215; Anglijoje: *Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse* [1982] A.C. 679 (H.L.).

Tik maždaug nuo XVII a. pradžios Anglijoje cesionarui į pagalbą atėjo *Equity* (teisingumo) teismai. Jie tai padarė taip pat kaip tai yra būdinga teisingumo teismų praktikai: jie paraidžiui laikėsi karališkųjų teismų paruoštos taisyklės apie reikalavimo teisės neperleidžiamumą; tačiau praktiškai jie sugriovė šią taisyklę, tenkindami *in equity* (pagal teisingumo teisę) cesionaro iškeltus ieškinius cedentui ir įpareigodami susitaikyti su tuo, kad *at law* (pagal įstatymą) pareiškia ieškinį skolininkui. Šis keblus, nes reikalaujantis dviejų procesų, būdas, žinoma, buvo reikalingas tik ten, kur perleista reikalavimo teisė kaip *legal chose of action* (nuosavybės teisės objektas, dėl kurio reiškiamas ieškinys) turėjo būti pagal įstatymą apskųsta Karališkajam teismui. Jei esant perleistam reikalavimui buvo kalbama apie *Equity* teismų pripažintą ir jų įgyvendintą teisę *(equitable chose of action)* – tam priskiriamas ir naudos gavėjo reikalavimas, kylantis iš pasitikėjimo santykių *(trust)*, arba testamentu suteikta reikalavimo teisė – *Equity* teisėjas leido cesionarui pareikšti ieškinį savo vardu.

Ir Vokietijos praktikoje bendruomeninės teisės laikais buvo pripažintas reikalavimo teisės perleidimas. 1865 metais pats Windscheidas savo pandektų vadovėlyje vadovavosi tuo, kad specialus reikalavimo paveldėjimas „šiandieninei teisei nustatytas paprotine teise" (329 str. 9 atžyma). Žinoma, „kitas klausimas" būtų, „kaip teoriškai turi būti sukonstruotas paprotinės teisės reikalaujamas teiginys". Bendruomeninėje teisėje iš tiesų tai yra tik teorinis klausimas. Kai kurie manė, jog teiginys paimtas iš romėniškųjų šaltinių, pagal kuriuos reikalavimas yra neperleidžiamas ir todėl cesionaras visais atvejais įgyja svetimos prievolės, kaip savos, įvykdymo teisę. Windscheidas cesionarui norėjo suteikti nuosavą reikalavimo teisę, tačiau tik tiek, kad cedentas ir toliau lieka reikalavimo savininku iki tol, kol skolininkas cesionaro pranešimu, pavadintu *Denunziation*, sužino apie perleidimą (ten pat, 331 str.). Pagaliau Bähras atstovavo pozicijai, kad cesionaras reikalavimo teisės perleidimo sutartimi tampa vieninteliu kreditoriumi ir todėl turi prieštarauti, jeigu skolininkas savo pareigą cedentui įvykdo motyvuodamas tuo, kad nežinojo apie reikalavimų perleidimą (JherJb. 1 [1857] 351, 414 ir kt., taip manė ir Prūsijos žemės teisė 346 I 11, ir kituose straipsniuose. Bendrojoje teisėje palyginkime išsamiai Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre* [1966]).

II.

Šis paskutinis aptartas požiūris yra *Vokietijos* teisinės erdvės civilinio kodekso pagrindas. Pagal jį sudarius sutartį cesionaras pereina į buvusio kreditoriaus vietą, ir nėra būtina to pranešti skolininkui ar reikalauti jo sutikimo (Vokietijos CK 398 str.). Tokios pat pozicijos laikosi ir *Austrijos* bei *Šveicarijos* teisės (Austrijos CK 1392 str. ir kt., Šveicarijos PK 164 str. ir kt.).

1940 metų *Graikijos* civilinis kodeksas, nors visuomet labai sekė Vokietijos civiliniu kodeksu, šį klausimą išsprendė kitaip. Pagal 455 straipsnį reikalavimas perleidimo sutartimi pereina cesionarui, nors tam nereikia skolininko sutikimo. Bet tai galioja tik cedento ir cesionaro tarpusavio san-

tykiuose. Cesionaras įgyja reikalavimą *skolininko* ir kito *trečiojo asmens* atžvilgiu tik tada, jeigu jis arba cedentas pranešė skolininkui apie reikalavimo perleidimą (Graikijos CK 640 str.). Tai yra romaniškosios teisinės erdvės sprendimas. *Turkijos* civilinis kodeksas, priešingai, perėmė Šveicarijos PK nuostatą (162 str.). *Austrijoje* teismų praktika *prievolės įvykdymo* užtikrinimui išplėtojo ypatingas, nuo bendrųjų perleidimo nuostatų nukrypstančias taisykles. Remiantis nuostatomis apie įkeitimo teisės pagrįstumą (Austrijos CK 451 str.) prievolės įvykdymo užtikrinimui būtina, kad būtų pateikta *Titel* ir *Modus*, taigi kad būtų tiek galiojanti (rašytinė) perleidimo sutartis, tiek ir viešai išreikšta valia (arba pranešimas trečiajam skolininkui, arba speciali atžyma cedento knygoje). Palyginkime 1929 01 15 Austrijos Aukščiausiojo Teismo esminę nuomonę, SZ 11, Nr. 15, toliau Austrijos Aukščiausiojo Teismo 1973.2.21, JBl 1974, 90 su Bydlinskio pastabomis.

Skolininko interesai, kuriam iš esmės be jo dalyvavimo gali būti primestas naujas kreditorius, apsaugoti tuo, kad, nepaisant reikalavimo perleidimo, jis, kaip ir anksčiau, gali veikti cedentą, jeigu šis, kaip tai skirtingomis formuluotėmis, bet vienodu turiniu išreiškia teisės sistemos, apie perleidimą „nežino" tam tikrų veiksmų atlikimo metu (Vokietijos CK 407 str.), „sužino apie perleidėją" (Austrijos CK 1396 str.) arba veikia „nesąžiningai ankstesnio kreditoriaus atžvilgiu" (Šveicarijos PK 167 str.). Kartu yra pripažinta, kad *kiekviena* žinia apie perleidimą – nesvarbu, ar skolininkas ją gavo iš cedento, ar iš cesionaro, ar kaip kitaip, – iš skolininko pašalina galimybę tiesiogiai cedentui atlikti kokius nors veiksmus. Tai atitinkamai galioja visiems sandoriams, kuriuos skolininkas atlieka su cedentu, pasitikėdamas savo kreditoriaus pozicijos tolesniu gyvavimu, pvz., atleidimui, atidėjimui, įskaitymui (Vokietijos CK 407 str., BGE 56 II 363; OGH 1979.3.27, EvBl. 1979 Nr. 189).

Mūsų nagrinėtų teisės sistemų ypatumas šioje srityje pasireiškia tuo, kad jose reikalavimų perleidimas nagrinėjamas kaip „abstraktus" (t.y. nepriklausomas nuo pagrindinio sutartinio susitarimo) sandoris. Jeigu reikalavimas parduodamas arba dovanojamas arba cesionarui perleidžiamas kaip įvykdymo surogatas arba užtikrinimas, vokiškosios teisinės erdvės sistemos griežtai skiria pirkimo ar dovanojimo sutartį arba kitus tarp cedento ir cesionaro sudarytus prievolinio teisinio pobūdžio susitarimus nuo perleidimo sutarties. Žinoma, abu sandoriai yra ne tik vienas nuo kito atskiriami, bet ir suprantami kaip vienas nuo kito nepriklausomi, laikantis principo, kad *pagrindinio sandorio* trūkumai nedaro įtakos perleidimui, kuris traktuojamas kaip *savarankiškas sandoris*. Taigi jeigu reikalavimas perleidžiamas remiantis pirkimo ir pardavimo sutartimi arba užtikrinimo susitarimu, pirkėjas ir užtikrinimo gavėjas iš esmės lieka reikalavimo savininku ir tada, jeigu pirkimo ir pardavimo sutartis vėliau apskundžiama dėl suklydimo arba nutraukiama, arba jei laiduotas reikalavimas būna apmokėtas.

Kad *Šveicarijos* įstatymų leidėjas esant reikalavimo perleidimui daro skirtumą tarp *Verpflichtungsgeschäft* ir *Verfügungsgeschäft*, išplaukia iš Šveicarijos PK 165 straipsnio: čia rašoma, kad perleidimui reikia rašytinės formos, o „įsipareigojimas sudaryti perleidimo sutartį" gali būti sudarytas laisva forma. Tiesa, ne visai nuoseklu, kad prievolių kodeksas 171 ir kituose straipsniuose išsamiai reglamentuoja tai, kokiomis sąlygomis cedentas atsako už perleidžiamo reikalavimo garantiją ir mokumą, darydamas skirtumą priklausomai nuo to, ar perleidimas vyksta „atlygintinai", ar ne. Tiesą sakant perleidimas negali būti atlygintinas ar neatlygintinas, nes jis remiasi tik sąlyginiu teisinės padėties pakeitimu; priešingai, vien tik iš pagrindinio sandorio išplaukia, ar cesionaras, nes jam perleidimas buvo padovanotas arba jis jį pardavė, yra įsipareigojęs mokėti atlyginimą, ar ne. Šveicariškosios taisyklės naudai gali būti pateikiami tokie argumentai, kad ne-

šališkas skaitytojas reikalavimo užtikrinimo laukia ten, kur kalbama apie jo perleidimą; Vokietijos įstatymų leidėjas, priešingai, šį klausimą reguliuoja per pagrindinius sandorius, kai perleidimas įvyksta vykdant pagrindinį sandorį, pvz., perkant (Vokietijos CK 437 str.), dovanojant (Vokietijos CK 523 str.) ar perleidžiant reikalavimą (Vokietijos CK 365 str.).

Žinoma, praktinė abstrakcijos principo reikšmė reikalavimo perleidimo institute neturėtų būti pervertinta. Iš atskiros bylos aplinkybių gali išaiškėti, kad pagrindinį sandorį ir perleidimą šalys norėjo sujungti į vientisą sandorį taip, kad akto dalies negaliojimas reikštų ir viso sandorio negaliojimą (plg. Vokietijos CK 139 str.). To paties rezultato pasiekiama, kai iš išreikštos šalių valios galima daryti išvadą, jog perleidimas įvyks tik tokiu atveju, jeigu bus sudarytas ir galios pagrindinis sandoris. Plg. BGH NJW 1982, 275: jei skolininkas, norėdamas užtikrinti kreditą bankui, šiam perleido savo reikalavimą trečiojo asmens atžvilgiu, perleidimas, neišmokėjus paskolos, taip pat bus negaliojantis. Ar pagal abstrakcijos principą, kai nenatūraliai skiriamas pagrindinis sandoris nuo perleidimo, tai turi būti laikoma cesijos teisės sritimi, abejojama. Ypač Šveicarijoje į šią dogmą žiūrima kritiškai (plg. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Bendroji dalis [1979] 501 ir kt.; *Moecke* ir *Jäggi*, ten pat). Šveicarijos Federalinis Teismas pasisakė už abstrakcijos principą (BGE 67 II 123), tačiau dabar mano, kad „reiktų iš naujo peržiūrėti cesijos instituto pagrindinio klausimo sprendimą“ (BGE 84 II 355; BGE 95 II 112).

Pagrindinė cesijos instituto problema slypi skolininko interesų gynime. Kad skolininkas, kol nežino apie perleidimą, gali įvykdyti prievolę cedentui, jau yra išaiškinta. Tai galioja ir tada, jeigu kreditorius tą patį reikalavimą perleido daug kartų. Toks kelerių cesionarų konkurencijos atvejis visur sprendžiamas prioriteto principu, t.y. reikalavimą įgyja tas cesionaras, kuriam jis buvo perleistas pirmiausiai. Tai išplaukia iš principo, kad pagal anksčiau sudarytą perleidimo sutartį reikalavimas iškrinta iš cedento turto; todėl kitas cesionaras reikalavimą iš jo galėtų įgyti tik tada, jeigu yra įsitikinęs, jog perleidėjas yra kreditorius. Čia nagrinėtose teisės sistemose tokio atvejo nėra. Vėlesnis cesionaras neįgyja reikalavimo ir tuo atveju, jei jis anksčiau nei pirmasis skolininko atžvilgiu leido suprasti esąs „kreditoriumi“.

Cesionaro sąžiningumas reikalavimų perleidimo institute gali būti priežastimi to, kad skolininkas jo atžvilgiu netenka tam tikrų prieštaravimų: jei skolininkas kreditoriui išdavė skolos raštelį, o cedentas jį perleido, skolininkas praranda galimybę motyvuoti tuo, kad su cedentu buvo susitarta dėl reikalavimo perleidžiamumo ar kad sandoris buvo sudarytas tik dėl akių (Vokietijos CK 405 ir 18 str. 2 d., Šveicarijos PK 164 str. 2 d.). Tai galioja, jeigu reikalavimo savininkas cesionarui jį perleidžia pastarajam sutikus tik dėl akių, tačiau atitinkamai įforminus perleidimo dokumentą: jei reikalavimą įgijęs sąžiningas įgijėjas perleidžia jį dar kitam asmeniui, reikalavimas (pirmojo kreditoriaus sąskaita) pereina trečiajam asmeniui (RGZ 90, 273; *BGE 23 I 818*). Išimtis iš šių taisyklių *Austrijoje* savo ruožtu galioja prievolių *užtikrinimo perleidimui*: jei tas pats reikalavimas *užtikrinimui* perleidžiamas keleriems cesionarams, jį įgyja tas, kuris pirmiausiai įvykdė reikalaujamą viešumo aktą – pranešė skolininkui.

Nuo klausimo, kas yra daug kartų perleisto reikalavimo savininkas, būtina atskirti kitą klausimą, kuriam iš kelių cesionarų skolininkas gali įvykdyti prievolę. Šiuo atveju tai priklauso nuo to, apie kurį iš perleidimų jis žino. Jei skolininkas skolą sumoka cesionarui, kuris dėl

vėlesnės cesijos nėra kreditoriumi, jis laikomas įvykdžiusiu prievolę, jeigu skolos mokėjimo metu jis nežinojo apie laiko atžvilgiu anksčiau buvusį perleidimą.

Taip yra Vokietijos CK 408 str. ir Šveicarijos prievolių kodekso 167 straipsnyje. Jei skolininkas prievolę įvykdė vėlesniam cesionarui, to, ką gavo, šis negali pasilikti sau, nes, priimdamas skolininkui priklausančios pareigos įvykdymą, jis anuliavo pirmajam cesionarui priklausantį reikalavimą ir tokiu atveju pastarojo sąskaita įgijo tai, ko įgyti neturėjo teisės. Vokietijos CK 816 str. 2 d., BGHZ 26, 185, 193; BGE 56 II 363; OGH 1985.7.11, JBl. 1986, 235, 236 ir kt.

Skolininko apsaugos problema iškyla ne tik tada, kai skolininkas sandorį sudaro su *tariamu* kreditoriumi, bet ir tada, kai cesionaro kreditoriaus pozicija yra neginčijama. Tokiu atveju kyla klausimas, kaip skolininkas gali gintis nuo cesionaro ieškinio dėl mokėjimo. Šiuo atveju vadovaujamasi visur pripažintu principu, kad reikalavimo perleidimas (kadangi jis įvyksta be skolininko dalyvavimo) negali sumažinti prieštaravimų prieš cesionarą. Jeigu skolininkas prieš cedentą galėtų gintis motyvuodamas tuo, kad reikalavimo teisės jis apskritai neturi arba kad po sutarties sudarymo ji išnyko, arba kad yra praleistas ieškinio senaties terminas, arba panaudoti kitus atsikirtimus – visomis šiomis priemonėmis galės gintis ir prieš cesionarą (Vokietijos CK 404 str., Šveicarijos PK 169 str., Austrijos CK 1396 str.). Todėl ne bėda, jeigu prieštaravimą pagrindžianti aplinkybė tampa aktualia tik tada, kai skolininkas sužinojo apie perleidimą, nors jau prieš perleidimą tokio prieštaravimo atsiradimo galimybė išplaukė iš konkrečių prievolinių teisinių santykių.

Jei įmonininkas perleido atlyginimo reikalavimą, o cesionaras šį reikalavimą skundžia teisme, pastarasis gali prieštarauti, kad įmonininkas pažeidė sutartį ir tuo padarė žalą; jis gali šį prieštaravimą pareikšti ir tada, jeigu sutarties pažeidimas įvyksta tuo metu, kai atlyginimo reikalavimas jau buvo perleistas ir jis apie perleidimą žinojo (RGZ 83, 279; BGH NJW, 1958, 1915; BGHZ 63, 338, 347; Obergericht Zürich, BlZüRspr. 41 [1942] Nr. 65); OGH, 1963.3.19, JBl, 1963, 53o; OGH 1980.1.8, SZ 53 Nr. 1.

Tai atitinkamai galioja įskaitymui. Skolininkas cesionaro atžvilgiu gali įskaityti visus reikalavimus, kuriuos cedentui įgijo prieš sužinodamas apie perleidimą. Jei toks priešinis reikalavimas turėjo būti *įvykdytas* po sužinojimo apie cesiją, skolininkas gali jį įskaityti tik tada, jeigu įvykdymo terminas suėjo mažų mažiausiai anksčiau nei perleisto reikalavimo (Vokietijos CK 406 str., Šveicarijos PK 169 str.).

Savo prieštaravimuose cesionaro ieškiniui skolininkas gali nurodyti, kad cesija yra negaliojanti ir todėl ieškovas nėra kreditorius. Jis, pvz., gali remtis tuo, kad perleidimo metu cedentas buvo neveiksnus arba kad cesija, kaip tariamas sandoris, yra negaliojanti pagal Vokietijos CK 117 straipsnį, Šveicarijos PK 20 straipsnį. Žinoma, šiuo atveju įtakos turi abstrakcijos principas: skolininko gynimasis logiškas tik tada, jeigu jo pateikti faktai pagrindžia prielaidą, jog perleidimas iš esmės yra negaliojantis; kiti prieštaravimai, iš kurių kyla vien tik *pagrindinio sandorio* negaliojimas, skolininkui padeda tiek pat mažai, kaip ir tvirtinimas, kad cesionaras yra reikalavimo savininkas, tačiau pagal pagrindiniame sandoryje priimtą įsipareigojimą skolininkui jo (dar) nebūtų galima pareikšti. Plg., pvz., RGZ 102, 385; BGE 50 II 392; OGH, 1931.12.22, SZ 13 Nr. 271 ir 1934.1.4, SZ 16 Nr. 3.

III.

Prancūzijos civilinis kodeksas reikalavimo perleidimą reguliuoja *pirkimo ir perdavimo* ribose, nes, remiantis XVIII a. civilinės teisės teorija, vadovaujamasi tuo, kad cedentas visuomet yra perleisto reikalavimo pardavėjas, cesionaras – pirkėjas (1689 str. ir kt.). Šis požiūris vyrauja todėl, kad Prancūzijoje perleidimo sutartis nėra pripažįstama „abstrakčiu", nuo kauzalinių susitarimų teisiškai nepriklausančiu sandoriu. 1942 metų *Italijos* civilinis kodeksas, priešingai, perleidimą išdėsto skyriuje *Delle obbligazioni in generale* (1260 str. ir kt.), tačiau ten reguliuoja ir cedento atsakomybę už skolininko garantiją bei mokumą.

Ir romaniškosiose teisės sistemose vadovaujamasi tuo, kad reikalavimas perleidimo sutartimi pereina cesionarui, nors tam nereikia skolininko dalyvavimo. Tai akivaizdžiai nustato Italijos CK 1260 straipsnis. Šis principas tiesiogiai išplaukia iš Prancūzijos CK 1689 straipsnio, kuriame, pirkimo ir pardavimo teisės kalbos stiliumi, rašoma, kad cesijos metu reikalavimo „tiekimas" tarp cedento ir cesionaro įvyksta perduodant reikalavimą pagrindžiantį rašytinį dokumentą. Žinoma, Prancūzijos teismų praktikoje yra pripažinta, kad perleistas reikalavimas pereina cesionarui ir neperdavus turimų dokumentų, jeigu tik šalys dėl to susitarė (Paris, 1911.7.12, D.P. 1913.2.189).

Tačiau visa tai galioja tik vidiniams santykiams tarp perleidimo sutarties šalių: *entre le cedant et le cessionnaire* (Prancūzijos CK 689 str.). *Trečiųjų asmenų* atžvilgiu reikalavimas pripažįstamas perleistu tik tada, jeigu cedentas arba cesionaras skolininką apie perleidimą informavo – pranešė per teismo antstolį *(signification)* ir tada, jeigu skolininkas teismo arba notariniu dokumentu cesionaro atžvilgiu perleidimą „akceptavo" (*acceptation*, plg. Prancūzijos CK 1690 str.). Iš viso to išplaukia, kad perleidimo sutartis sukelia reliatyvų (apribotą tik vidiniu cedento ir cesionaro santykiu) reikalavimo perleidimą, ir tai yra beveik vieninga prancūzų bei italų teisinės literatūros nuomonė.

Ir Italijos teisė reikalauja skolininko *notificazione*, tačiau pagal teismų praktiką skolininkui leidžia pateikti kiekvieną rašytinį pranešimą, iš kurio jis gali patikimai sužinoti apie kreditoriaus pasikeitimą; plg. Cass. 1976.11.20, n. 4372, Rep.Foro. it.s.v. „cessione dei crediti" Nr. 2.

Iš Prancūzijos CK 1690 straipsnio išplaukia keletas ypač svarbių išvadų. Kol skolininkui nustatytu būdu nėra pranešta apie reikalavimo perleidimą, šis gali įvykdyti prievolę cedentui, kadangi pastarasis jam, kaip ir anksčiau, yra perleisto reikalavimo kreditorius (plg. Prancūzijos CK 1691 str.). Galime teigti, kad skolininkas ne tik *gali*, bet ir *privalo* įvykdyti prievolę cedentui. Jei trūksta *signification* ar *acceptation*, jam draudžiama atsikirsti motyvuojant tuo, kad pagal jo informaciją, gautą kitu keliu, pareikštas reikalavimas yra perleistas cesionarui (Civ.1938.6.20, D.P. 1939.1.26; Civ. 1944.11.27, D. 1945, 78).

Žinoma, šiuos principus teismų praktika kai kuriais požiūriais sušvelnino. Yra pripažįstama, kad skolininkui įteiktas cesionaro ieškinys gali būti pripažįstamas kaip *signification*, jeigu iš jo pakankamai aišku, kad ieškovo teisė pareikšti ieškinį remiasi perleidimu (Civ.1937.2.17, D.H. 1937, 221; Civ. 1980.10.8, Bull. I. Nr. 249). Pagal teismų praktiką Prancūzijos CK 1690 str. 2 d. nustatytas *acceptation* cesionarui nebūtinai turi būti paskelbtas oficialiu dokumentu. Priešingai, užtenka asmeninio rašytinio, net žodinio pareiškimo, kad cesionaras skolininkui yra kreditorius ir gali reikalauti prievolės įvykdymo (Civ.1878.2.6, D.P. 1878. 1. 275; Req.

1933.12.27, D.P. 1934. 1. 13; Req. 1937.12.22, D.H. 1938, 83). Esant tam tikroms aplinkybėms cesionaras iš skolininko gali pareikalauti įvykdyti prievolę ir tada, jeigu pastarasis ją jau įvykdė cedentui prieš *signification* ar *acceptation:* toks prievolės įvykdymas nebus pripažįstamas tinkamu, jeigu skolininkas savo veiksmų atlikimo metu turėjo žinių apie cesiją, o jo elgesys yra ne kas kita kaip klastingas bendradarbiavimas su cedentu cesionaro nenaudai (Req.1874.2.17, D.P. 1874. 1. 281; Paris 1912.10.11, Gaz.Pal. 1913. 1. 501). Pagal aplinkybes teismai kartais pripažįsta, kad skolininko elgesys bus laikomas klastingu tuo atveju, jei šis apie cesiją žinojo prievolės įvykdymo cedentui metu.

Palyginkime Civ. 1905.1.10, S. 1905. 1. 328. Atrodo, visa šio instituto raida veda prie to, kad nors skolininkas apie perleidimą turi tik *connaissance de fait*, jis nebegali cedentui įvykdyti prievolės (plg. *Planiol/Ripert* VII, Nr. 1122). Taip Prancūzijos teisė priartėjo prie Vokietijos teisės sistemos sprendimo, pagal kurį skolininkas, atlikdamas tam tikrus veiksmus cedentui, nėra atleidžiamas nuo atsakomybės cesionarui, jeigu jis apie perleidimą žino (Vokietijos CK 407 str.). *Italijos* įstatymų leidėjas šį žingsnį jau žengė: pagal Italijos CK 1264 straipsnį skolininkas mokėjimu, kurį jis atliko cedentui prieš *notificazione*, nėra atleidžiamas nuo prievolės įvykdymo, jei cesionaras gali įrodyti, kad skolininkas apie perleidimą žinojo. Priešingai, Prancūzijoje teisinė situacija šiuo klausimu yra tokia abejotina, kad teisinė literatūra skolininkui siūlo, jog esant cedento ieškiniui jis, norėdamas išvengti dvigubos atsakomybės, taip pat turi pareikšti ieškinį.

Santykyje su trečiaisiais asmenimis, kaip jau matėme, perleistas reikalavimas pripažįstamas perėjusiu cesionarui tik tada, jeigu įvykdytos Prancūzijos civilinio kodekso 1690 straipsnio sąlygos. Šios nuostatos prasme „tretysis asmuo“ yra ne tik skolininkas, bet ir kiekvienas cedento kreditorius bei kiekvienas, kuriam cedentas reikalavimą perleido antrą kartą. Iš to išplaukia, kad cedento kreditoriai į jau perleistą reikalavimą išieškojimą gali nukreipti iki tol, kol perleidimas nėra notifikuotas arba skolininkas jo „neakceptavo“ kita Prancūzijos CK 1690 straipsnyje numatyta forma. Lygiai taip pat perleistas reikalavimas lieka nemokaus skolininko turte, jeigu bankroto byla iškelta iki *signification* ar *acceptation.* Ši taisyklė atitinka teismų praktikos suformuluotą nuostatą, kad notifikacija yra pripažįstama negaliojančia, jeigu ji įvyko po bylos cedentui iškėlimo (Req.1934.2.6, D.P. 1936.1.39). Jei cedentas reikalavimą perleido dviem skirtingiems cesionarams, reikalavimą įgyja ne tas, kuriam anksčiau *perleista*, bet tas, kurio atžvilgiu buvo įvykdyta *notifikacija* (plg. Civ.1849.8.29, D.P. 1849.1.273; akivaizdžiai Italijos CK 1265 str.).

Žinoma, teismų praktika buvo priversta modifikuoti šiuos principus. Griežta Prancūzijos civilinio kodekso 1690 straipsnio nuostata atneša keistų rezultatų, kai negaunama nustatytos formos *signification* ar *acceptation*, tačiau ta šalis, kuri nori gauti naudos iš perleidimo negaliojimo, apie jį sužinojo kitu būdu. Ar gali, pvz., cedento kreditorius remtis nesančia notifikacija, nors įkeitimo metu žinojo, kad jo skolininkas (cedentas) reikalavimą jau seniai perleido trečiajam asmeniui? Teismų praktikoje aiškios taisyklės šiuo klausimu dar nesuformuota. Kasacinis teismas pirmiau atstovavo nuomonei, kad paprastos žinios apie perleidimą neužtenka, reikia, kad skolininko turtą aprašančiajam kreditoriui galėtų būti prikišta klasta (Civ. 1894.12.24, D.P. 1895. 1. 206). Kitame sprendime kasacinis teismas leido, kad užtektų *connaissance speciale et personnelle* (Civ.1897.7.7, D.P. 1898. 1. 483). Analogiška problema iškyla tais atvejais, kai cedentas tą patį reikalavimą perleido kelis kartus.

Koks turėtų būti sprendimas, kai skolininkui laiko atžvilgiu vėliau priklausanti cesija buvo notifikuota pirmiau, tačiau antrasis cesionaras notifikacijos metu apie pirmąją cesiją žinojo? Žemesnės instancijos teismai daugeliu atvejų palankius sprendimus priėmė pirmojo cesionaro naudai ir nereikalavo ypatingų įrodymų apie antrojo cesionaro klastą (Trib.com.Seine 1892.4.4, Gaz.Pal. 1892. 1. 665; Trib.civ.Seine 1905.1.5, Gaz.Trib. 1905. 2. 473 ir 1903.12.1, Gaz.Trib. 1904. 2. 317).

Aišku kaip ant delno, jog komercinės ir ūkinės apyvartos subjektai yra suinteresuoti, kad reikalavimo perleidimas būtų neformalus, o cesionaras skolininko, cedento bei pastarojo kreditorių atžvilgiu ar cedento bankroto atveju būtų laikomas vieninteliu perleisto reikalavimo savininku. Kas, pvz., kaip verslininkas savo reikalavimus klientams nori pareikšti dar prieš mokėjimo terminą arba juos panaudoti kaip priemonę kreditui užtikrinti, gali juos perleisti *erga omnes*, nors tam nereikia skolininko formalaus pranešimo. Prancūzijos CK cesijos taisyklės, kaip teisinis tokių perleidimo sandorių pagrindas (ypač dėl 1690 straipsnio), mažai naudojamos. Todėl praktikoje buvo ieškoma kitų teisinių kelių, ir jie buvo surasti. Vienas būdas remiasi tuo, kad reikalavimai, jeigu jie patvirtinti vertybiniais popieriais – ypač vekseliais, gali būti perleisti be 1690 straipsnio formalumų, o jei kreditorius vekselį išdavė skolininkui, padengimo reikalavimas *(provision)*, kitaip nei pagal Vokietijos teisę, perleidžiamas tam, kuriam kreditorius vekselį indosavo, neatsižvelgdamas į tai, ar skolininkas vekselį akceptavo ir ar atsižvelgta į 1690 straipsnio sąlygas (plg. *Ghestin*, ten pat). Toliau svarbu tai, kad Prancūzijos CK egzistuoja tam tikras teisinis institutas, kuris leidžia apeiti 1690 straipsnį: tai yra vadinamasis *subrogation personnelle*. Jei skolą sumoka ne skolininkas, o tretysis asmuo, mokantysis tretysis asmuo tampa kreditoriumi pradinio skolininko atžvilgiu, jeigu pagrindinis kreditorius su tuo sutinka (Prancūzijos CK 1249 str., 1250 str. Nr.1). Pavyzdžiui, šitaip Prancūzijoje plėtojamas faktoringo sandoris: verslininkas, kuris savo klientų reikalavimus nori paversti pinigais, faktoringo bankui pareiškia, kad jis banko mokėjimą pripažįsta skolos padengimu ir taip sutinka, kad nuo šiol bankas pradinio skolininko atžvilgiu įgytų visas kreditoriaus teises. Taip bankas *subrogation* būdu įgyja reikalavimą, nors neturėtų būti atsižvelgta į 1690 straipsnio formalumus (plg. *Ghestin*, ten pat, p. 36 ir kt. ir išsamiai Mestre, *La subrogation personelle* [1979], p. 57, 229 ir kt.). Galiausiai veikė ir Prancūzijos įstatymų leidėjas: 1981-01-02 įstatymu „Dėl kreditavimo palengvinimo įmonėms" sukurta tokia galimybė, kad norėdamas užtikrinti banko suteiktą kreditą, įmonininkas tam tikrus reikalavimus, kurie jam priklauso skolininko atžvilgiu, perduotų *bordereau* bankui įstatyme nustatyta tvarka. Taip perleidus reikalavimą, šis pripažįstamas bankui.

Taigi išaiškėja, kad apeidami pasenusias Prancūzijos CK cesijos taisykles Prancūzijos praktika, teismų praktika ir įstatymų leidėjas išplėtojo įvairiapuses reikalavimo perleidimo galimybes. Todėl *de lege ferenda* pagalvota apie cesijos taisyklių atnaujinimą.

Palyginkime *Fontaine*, ten pat, p. 620 ir kt. Belgijoje 1994 m. liepos 6 d. įstatymu Prancūzijos CK 1690 straipsnio nuostata pakeista taip, kad esant susitarimui tarp cedento ir cesionaro reikalavimas gali būti perleistas įsigaliojus *erga omnes*. Skolininko atžvilgiu šis reikalavimas, žinoma, pripažįstamas perleistu tik tada, jeigu jis sužinojo apie perleidimą arba jį pripažino. Jeigu tas pats reikalavimas perleistas keliems cesionarams, pagal 1690 str. 3 d. pirmenybė priklauso tam, kuris pirmasis skolininkui pranešė apie perleidimą arba iš jo gavo pripažinimą apie perleidimą. Palyginkime išsamiai *Van Ommenslaghe*, ten pat.

IV.

Ir *Anglijos* teisėje pamažu įsitvirtino nuomonė, kad reikalavimas gali būti perleistas be ypatingų formalumų. Pirmieji, kurie pripažino šį principą, buvo *Equity* (teisingumo) teismai. Tiesa, tai jie galėjo daryti tik tada, kai ginčas dėl perleisto reikalavimo buvo jiems teismingas, t.y. jei buvo kalbama apie *equitable chose of action* (teisėtą nuosavybės teisės objektą, dėl kurio reiškiamas ieškinys). Pavyzdžiui, tai galėjo būti testamentinio įpėdinio reikalavimas dėl jam testamente pripažintų veiksmų arba globėjo reikalavimas dėl globos paskyrimo turtui. Priešingai, reikalavimai dėl pirkimo kainos, atlyginimo, nuomos procentų sumokėjimo ar paskolos grąžinimo yra *legal choses of action* (teisiniai nuosavybės teisės objektai, dėl kurių reiškiami ieškiniai). Dar šiandien jiems galioja tezė, kad cesionaro ieškinys skolininkui nėra tenkintinas, jeigu cedentas prie jo neprisijungia arba nesutinka kartu pareikšti ieškinio.

Žinoma, pagal 1873 metų įstatymą, o šiandien žiūrėkime 1925 metų Turto įstatymo 136 str., sukurtas būdas, kurio dėka galima išvengti šių formalumų. *Legal chose of action* (Teisinio nuosavybės teisės objekto, dėl kurio reiškiamas ieškinys) savininkas savo teisę gali perleisti cesionarui taip, kad šis vienas pats, be cedento dalyvavimo, gali pareikšti reikalavimą skolininkui. Toks *statutory assignment* (įstatyminis perleidimas) galioja tik tada, jeigu laikomasi rašytinės cesijos formos, o skolininkas apie reikalavimo perleidimą informuojamas raštu. Jei trūksta šių sąlygų, perleidimas nėra pripažįstamas kaip *statutory assignment* (įstatyminis perleidimas), tačiau kaip *equitable assignment* (teisėtas perleidimas) jis yra galiojantis. Tam užtenka susitarimo, kuriuo nėra keliama jokių specialių formos reikalavimų; skolininko informuoti nebūtina. Žinoma, šiuo atveju kalbama apie teisinį nuosavybės teisės objektą, dėl kurio reiškiamas ieškinys, todėl pareikšdamas ieškinį skolininkui cedentas turi dalyvauti kaip proceso šalis, nesvarbu, ar kalbama apie ieškovą, ar apie atsakovą.

Palyginkime *Performing Right Society v. London Theatre of Varieties*, Ltd. [1924] A.C.1 bylą: ieškovė, autorinių teisių panaudojimo bendrovė, pareiškė ieškinį dėl žalos atlyginimo teatrui, tvirtindama, kad *Copyright* (autorinių teisių) perleidimu ji tapusi šių teisių savininke, o atsakovas jas pažeidęs. Lordų Rūmų tvirtinimu autorinės teisės ieškovei perėjo vadovaujantis ne *statutory assignment* (įstatyminiu perleidimu), o *Copyright Act* (Autorinių teisių įstatymu), kuriame yra įtvirtintos specialios normos. Tačiau perleidimas galiojo kaip teisėtas *(equitable assignment)*. Vis dėlto ieškinys buvo atmestas, nes teisminis autorinių teisių, kaip teisinio nuosavybės teisės objekto, dėl kurio reiškiamas ieškinys, įgyvendinimas priklausė nuo to, ar kartu su ieškove procese dalyvavo ir cedentas. Šias taisykles suformulavęs *Viscount Finlay* pasakė: „We must decide according to law however much we may regret that success in the action should depend upon a mere technicality which has no relation to the merits of the case“ (ten pat, p. 19).

Jungtinėse Valstijose viduramžių cesijos taisyklių rudimentai ryžtingai paaukoti modernios apyvartos poreikiams. Remdamiesi įstatymų leidyba, kuri liberalizavo proceso teisę ir padarė galą techniniam atskyrimui tarp *law* (teisės) ir *equity* (teisingumo), šiandien Amerikos teismai vadovaujasi tuo, kad reikalavimo perleidimo galiojimui nereikia specialios formos bei skolininko informavimo ir kad cesionaras, kaip *the real party in interest*, savo vardu be cedento dalyvavimo gali pats pareikšti ieškinį skolininkui (plg. *Williston* 430 str., *Corbin* 856 str.).

Kadangi kreditorių pasikeitimas įvyksta neinformavus apie tai skolininko – kitaip esti tik esant Anglijos teisės *statutory assignment* (įstatyminiam perleidimui), skolininko interesai cesionaro atžvilgiu turi būti apginti. Ši apsauga tiek Anglijoje, tiek ir Jungtinėse Valstijose užtikrinama teze, kad skolininkas cesionaro atžvilgiu gali naudoti visus atsikirtimus, kuriuos jis būtų galėjęs naudoti prieš cedentą. Taigi jei skolininkas, prieš sužinodamas apie perleidimą, sumokėjo cedentui arba susitarė su juo atidėti mokėjimą ar nustatė mažesnį procentą, tuo gali remtis ir cesionaro atžvilgiu. Prieš cesionaro ieškinį jis gali gintis taip pat, kaip tai galėtų daryti prieš cedentą. Taigi jis gali pareikšti, kad reikalavimas neatsirado, vėliau išnyko ar praleistas ieškininės senaties terminas; jis taip pat gali pareikšti priešinį reikalavimą, jei šis įgytas prieš sužinant apie perleidimą. Jei statybos firma perleido reikalavimą dėl žalos atlyginimo, skolininkas į cesionaro ieškinį gali atsikirsti tuo, kad firma pažeidė sutartį, ir taip atsirado žala. Ši gynyba leistina ir tada, jeigu veiksmai, kuriais pažeidžiama sutartis, atsirado tik po perleidimo. Užtenka, jei sutartyje, iš kurios kyla perleistas reikalavimas, buvo numatyta priešintis reikalavimo atsiradimo galimybei, ir visai nesvarbu, kad ši teisė atsirado po perleidimo.

Palyginkime *Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888) 13 App.Cas. 199, 213; *William Pikkersgill & Sons Ltd.v. London & Provincial Marine Insurance Co.* [1912] 3 K.B. 614; *The Raven* [1980] 2 Lloyds Rep. 266; *Business Computers Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd.* [1977] 2 All E.R. 741. Palyginkime toliau 1981 metų *Restatement Contracts 2d* 336 ir 338 str.

Kad perleidimo galiojimas nepriklauso nuo to, ar skolininkas apie jį žinojo, aiškiai rodo du tipiniai atvejai: pirma, kai cedento kreditoriai išieškojimą bando nukreipti į perleistą reikalavimą vykdymo procese, ir antra, kai cedentas tą patį reikalavimą perleidžia kelis kartus.

Pirmuoju atveju bendrojoje teisėje yra laikoma, kad kreditoriaus įsikišimas vykdymo procese yra nukreiptas į niekur, kai tik reikalavimas perleidžiamas; nėra svarbu, ar skolininkas apie perleidimą žinojo arba ar skolininko turto aprašymas išgautas pasitikint cedento, kaip kreditoriaus, padėtimi (*Holt* v. *Heatherfield Trust Co.* [1942] 2 K.B. ir 1981 metų *Restatement Contracts 2d* 341 str.).

Ne tokia vieninga yra pozicija, kurią bendroji teisė užima daugkartinės cesijos atveju. *Anglijos* teisė vadovaujasi tuo, kad iš daugelio cesionarų, kurie reikalavimą patikliai įsigijo iš cedento, pirmenybę turi tas, kuris apie reikalavimo perleidimą skolininką informavo pirmas, nors reikalavimas jam galėjo būti perleistas vėliau nei kitam cesionarui [nuostatai byloje *Dearle* v. *Hall* (1828) 3 Russ.1, 38 Eng. Rep. 475]. Jungtinėse Valstijose šiuo klausimu buvo ilgai ir karštai diskutuojama. Daugelis valstijų pasisakė už prioriteto principą, taigi suteikė pirmenybę tam cesionarui, kuriam ginčytinas reikalavimas buvo perleistas pirmiausiai. Tačiau labai dažnai ši taisyklė buvo ribojama. Jeigu, pvz., cesionaras reikalavimą įgijo atlygintinai, nežinodamas apie pagal laiką anksčiau esantį perleidimą kito cesionaro naudai, jis turi teisę pasilikti tai, ką skolininkas įvykdė: *Mere priority in time of assignment does not seem to be a sufficient reason for taking away from the second assignee money that he has innocently collected by exercise of diligence and effort* (*Corbin*, 902 str.). Tas pat galioja, jeigu antrasis cesionaras, nežinodamas apie pirmą perleidimą, ginčija teismo sprendimą skolininko atžvilgiu arba, atsižvelgdamas į perleistą reikalavimą, sudaro novacijos sutartį. Šį sprendimą perėmė 1981 metų *Restatement Contracts 2d.*

Šiandien šios taisyklės Jungtinėse Valstijose nebeturi didelės praktinės reikšmės. Vieningo komercinio kodekso 9 straipsnyje randame normą apie *security interests* (kreditoriaus teises į turtą, kurį įkeičiant yra užtikrinama prievolė) pagrįstumą kilnojamiems daiktams ir reikalavimams. Kas perleidžia reikalavimą, siekdamas užtikrinti prievolės įvykdymą, įgyja *security interests* (kreditoriaus teisę į turtą, kurį įkeičiant yra užtikrinama prievolė). Ta pati taisyklė taikoma ir tada, kai reikalavimas yra perleidžiamas faktoringo sutarties arba pirkimo ir pardavimo sutarties pagrindu. Taigi daugelis moderniai komercinei apyvartai svarbių perleidimų paklūsta Vieningo komercinio kodekso taisyklėms. Pagal šio kodekso 9–301 straipsnius perleidimu pagrįsta cesionaro *security interest* (kreditoriaus teisė į turtą, kurį įkeičiant yra užtikrinama prievolė) trečiojo asmens atžvilgiu galioja tik tada, jeigu viešai prieinamame registre padarytas atitinkamas įrašas. Konfliktas tarp kelių to paties reikalavimo cesionarų gali būti išspręstas to naudai, kurio kreditoriaus teisė į turtą, kurį įkeičiant yra užtikrinama prievolė, įrašyta pirmiausiai.

V.

Ekonominei sistemai, besiremiančiai išplėtota pinigų ir kreditų apyvarta, reikia nuostatų, kurios leistų laisvai perleisti reikalavimų teises. Vadinasi, privalu, kad reikalavimus, kaip ir kitą turtą, būtų galima perleisti susitarimu tarp cedento ir cesionaro. Papildomų reikalavimų cesijai turėtų būti keliama tik esant svarbioms priežastims.

Daugeliu atvejų šis neformalaus perleidimo tikslas gali būti pasiekiamas pasinaudojant senu teisiniu atradimu, būtent vertybinių popierių idėja. Jei reikalavimas patvirtintas raštu vertybiniame popieriuje, pavyzdžiui, vekselyje, jo perleidimui paprastai užtenka šalių susitarimo, susijusio su dokumento perdavimu. Žinoma, jau seniai ne visi reikalavimai gali būti įforminami pagal vertybinių popierių taisykles, taip pat būtina atsižvelgti ir į tai, kad šiandien užtikrinimo tikslais bankui neretai perleidžiami ištisi „reikalavimų paketai“ arba jie parduodami faktoringo įmonei. Net jei visi šie reikalavimai būtų įforminti vertybiniams popieriams nustatyta tvarka, jų perleidimui ir reikalavimų pareiškimui reikėtų didelio papildomo darbo, nes šimtai dokumentų turėtų būti saugomi, išsiunčiami, suėjus mokėjimo terminui – pateikiami skolininkui, o nesumokėjus – protestuojami.

Kalbėdamos apie kitus reikalavimus, daugelis teisinių sistemų reikalavimą pripažįsta galiojantį kaip *erga omnes* tik tada, jeigu, išskyrus atitinkamą šalių susitarimą, gaunama viena daugmaž formali skolininko notifikacija. Tai, žinoma, negali būti motyvuojama skolininko apsaugos idėja. Vokietijos teisinė erdvė ir bendroji teisė parodo, kad skolininkas gali būti pakankamai apsaugotas ten, kur kreditorių kaita įmanoma be skolininko sutikimo. Dėl to reikia atsiminti taisyklę, kad skolininkas visomis teisėmis, kurias įgijo nežinodamas apie perleidimą, gali naudotis ir cesionaro atžvilgiu.

Prancūzijos civilinio kodekso 1690 straipsnio nuostata buvo grindžiama tuo, kad jos pagalba būsianti sukurta *systeme de publicite* (*Carbonnier*, p. 559; *Ghestin*, ten pat, p. 26 ir kt.): kas su cedentu derasi apie reikalavimo perleidimą, notifikacijos gali kreiptis į skolininką, o jei šis jos neatliks, suvokti, jog cedentas ir toliau liks reikalavimo savininkas. Tas pats argumentas pateiktas *Dearle* v. *Hall* byloje. Bet tai neįtikina, nes joks skolininkas nėra įsipareigojęs iki šiol nepažįstamam žmogui pateikti greitą, teisingą ir išsamią informaciją apie jau gautą notifikaciją. Ir šalys neretai yra suinteresuotos tuo, kad po cesijos reikalavimas būtų

atskirtas nuo cedento turto, tačiau apie tai šiaip ar taip laikinai neturi būti pranešama skolininkui. Tokiu atveju skolininkas, įvykdęs reikalavimą cedentui, laikomas įvykdžiusiu prievolę. Tačiau cesionaras šią riziką kai kuriais atvejais gali būti pasiruošęs perimti.

Jeigu skolininko notifikacija pasirodo nereikalinga, ji yra pagrindas tam, kad perleidimo atveju sukuriamas patikimas ir prieinamas įrodymas apie tai, kada ir kieno naudai perleidimas atliktas. Jei kreditui užtikrinti verslininkas bankui nori perleisti reikalavimus, kurie jam priklauso arba ateityje priklausys kliento atžvilgiu, banko interesas ir teisinio saugumo bei aiškumo pagrindai byloja apie tai, kad turi būti sukurtas mechanizmas, kuris banką mažesnėmis sąnaudomis įgalina patikimai nustatyti, ar jo klientas jau kartą nėra perleidęs reikalavimų kitiems. Šiuo atveju galima eiti skirtingais keliais. Austrijoje užtikrinimo perleidimo galiojimui be šalių susitarimo dar reikalaujama „ženklo". Tokiu ženklu pripažįstama skolininko notifikacija. Jei jam nepranešta apie reikalavimo perleidimą, „ženklu" gali būti laikomas ir rašytinis cedento pareiškimas apie cesiją, kuris registruojamas nustatyta tvarka. (Plg. Austrijos CK 452 str. ir OGH 1975.1.21, SZ 48 Nr. 2.) Prancūzijoje *Loi Dailly* taip pat reikalauja raštiško pareiškimo apie cesiją, nors ir ypatinga *bordereau* forma. Kas teisinio saugumo interesais ir kredito apyvartos palengvinimui nori pataikyti kaip pirštu į akį, tas privalo pasirinkti ginčytiną kelią Olandijoje, Didžiojoje Britanijoje ir ypač Amerikoje, o komercinėje apyvartoje atlikto užtikrinimo perleidimo galiojimui reikalauti, kad reikalavimas būtų įrašytas į viešai prieinamą registrą.

Pagal britų teisę cedento *general assignment of book debts* (bendras skolų perleidimas) kreditorių atžvilgiu bankroto byloje galioja tik tada, jeigu reikalavimas įregistruotas viešame registre, plg. 344 *Insolvency Act* (1986); 395, 396 *Companies Act* (1986). Pagal naują Olandijos teisę perleidimo galiojimui (lygiai kaip ir įkeitimui) būtinas pranešimas skolininkui (Olandijos CK 3:94 str.). Jei skolininkas neinformuotas, tinka tik reikalavimo įkeitimas. Tačiau būtina, kad įkeičiamo sandorio data būtų registruota valstybinėje institucijoje ir kad įkeistas reikalavimas jau būtų arba ateityje jį pagal esančius teisinius santykius įsigytų įkaito davėjas (Olandijos CK 3:239 str.).

34. SUTARTIS TREČIOJO ASMENS NAUDAI

v.Bar/Lorenz, Contracts and Third Party Rights in German and English Law, atspausdinta: Markesinis (leidėjas), The Gradual Convergence, Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century (1994) 65; *Beatson*, Reforming the Law of Contracts for the Benefit of Third Parties, A Second Bite at the Cherry, Current, Leg.Probl. 1992, 1; *Bresch*, Contracts for the Benefit of Third Parties, Int.Comp.L.Q.12 (1963) 318; v. *Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, jubiliejinis leidinys, skirtas Vokietijos teisininko dienos 100-mečiui, II (1960) 49, 59 ir kt.; *Corbin*, Contracts for the Benefit of Third Persons, L.Q.Rev. 46 (1930) 12; *Dold*, Stipulations for a Third Party (1948); *Eisenberg*, Third Party Beneficiaries, Col.L.Rev. 92 (1992) 1358; *Dowrick*, A Jus Quaesitum Tertio by Way of Contract in English Law, Mod.L.Rev. 19 (1956) 374; *Käser*, Der Vertrag zugunsten Dritter im englischen Recht, RabelsZ 21 (1956) 418; *Kessler*, Die soziale Funktion des Vertrages zugunsten Dritter im nordamerikanischen Recht, jubiliejinis leidinys, E.Wahl (1973) 81; *Kortmann/Faber*, Contract and Third Parties,

atspausdinta: Towards a European Civil Code (leidėjas Hartkamp ir kiti, 1994) 237; *Kötz*, Third Party Beneficiaries, Int.Enc.Comp.L. Vol. VII Ch.13 (1992); *Lorenz*, Anwaltshaftung wegen Untätigkeit bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen, JZ 1995, 317; *to paties autoriaus*, Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse – Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, JZ 1960, 108; *Millner*, Jus quaesitum tertio: Comparison and Synthesis, Int.Comp.L.Q. 16 (1967) 446; *Pacchioni*, I Contratti a favore di terzi (Milanas, o.J.); *Palmer*, The Paths to Privity, The History of Third Party Beneficiary Contracts in English Law (1992); *Simpson*, Promises Without Consideration, Int.Comp.L.Q. 15 (1966) 835, 848 ir kt.; *Wesenberg*, Verträge zugunsten Dritter (1949); *Williams*, Contracts for the Benefit of Third Parties, Mod.L.Rev.7 (1944) 123.

I.

Jeigu du asmenys vienas su kitu sudaro sutartį, pavyzdžiui, pirkimo ir pardavimo, jų valia paprastai yra nukreipta ta linkme, kad pagal šią sutartį tik jie patys įgis teises ir pareigas. Šioje situacijoje niekas nesikeičia, jeigu šalys susitaria, kad kiekviena iš jų gali įvykdyti jai priklausančius įsipareigojimus trečiajam asmeniui. Jei pirkėjas kainą moka ne pardavėjui, bet pastarojo pavedimu į jo banką, arba jei pardavėjas prekes pristato ne pirkėjui, bet pastarojo įsakymu vienam iš jo klientų, tai ir šiais atvejais yra taip, kad kiekviena šalis, atlikdama veiksmus trečiojo asmens naudai, įvykdo įsipareigojimą kreditoriaus, o ne trečiojo asmens naudai. Iš minėtos situacijos išskirtinas atvejis, ir tik su juo mes įžengiame į sutarčių trečiųjų asmenų naudai sritį, kai šalys sutartį sudaro taip, kad tretysis asmuo – nors ir nedalyvavo sudarant sutartį – atsižvelgdamas į galiojančią teisę gali reikalauti sutarties įvykdymo sau.

Kad taip sutartimi gali būti pagrįsta reikalavimo teisė trečiajam asmeniui, kuris nėra sutarties šalis, jokiu būdu nėra savaime suprantamas dalykas. Teisės istorija ir lyginamoji teisė rodo, kad sutarties trečiojo asmens naudai institutas ne visada ir ne visur buvo ir yra pripažįstamas. Jokia teisės sistema negali nepastebėti to, kad teisinėje realybėje yra didelis praktinis pripažinimo sutarties įvykdymo trečiojo asmens naudai poreikis. Tačiau kelias nuo galimybės įvykdyti sutartį trečiojo asmens naudai išimtiniais atvejais iki visuotinio sutarties trečiojo asmens naudai pripažinimo yra tolimas. Pagrindinė kliūtis, kurią reikėjo įveikti šiame kelyje, yra, jei mes teisingai matome, tas vaizdingas „žemiškas" požiūris, kuris sutartį aiškina kaip šalis jungiančius ryšius, kaip *vinculum iuris*, ir todėl nenoriai gali sutikti su tuo, kad ir tretieji asmenys, kurie nėra sutarties šalys, tam tikru būdu gali dalyvauti sutartyje. Žinoma, šis vaizdingas požiūris, kuris teisininkams, beje, nėra ypatingas, o tik bendra priemonė, su kurios pagalba suprantantis žmogus bando sutvarkyti jį supančių reiškinių įvairovę, teisės moksle labai naudingas, nes jis palengvina suvoktų ryšių panaudojimą bei perdavimą iš kartos į kartą. Tačiau tam tikrais atvejais šis požiūris yra pavojingas, nes gali sukelti tam tikrų santykių deformavimą. Taip atsitinka, kai kalbama apie sutarties, kaip griežtai dvipusio *vinculum iuris* sampratą ir kartu iš jos kildinamą bendrosios teisės dogmą apie *privity of contract* (sutartinių ryšių uždarumą).

Klasikinėje romėnų teisėje trečiajam asmeniui, nesančiam sutarties šalimi, nebuvo pripažįstama galimybė pareikšti ieškinį: *Alteri stipulari nemo potest* (*Ulpian* D. 45, 1, 38 17). Tačiau vėlyvoji klasikinė teisė imperatorių valdymo laikotarpiu padarė keletą išimčių, ir Justiniano kompiliatoriai šias išimtis dar labiau išplėtė. Prie jų priskiriamas, pvz., atvejis, kuriuo kažkas kitam dovanoja su ta sąlyga, kad apdovanotasis trečiajam asmeniui atliks tam

tikrus veiksmus: šiuo atveju trečiajam asmeniui apdovanotojo atžvilgiu suteikiamas *actio utilis*. Daugybė atvejų, kai sandoriai dėl asignavimo tarp šeimos narių arba asmenų, įgaliotų tvarkyti svetimą turtą, naudai atliekami pagal įgaliojimą, kad gavėjas (reikalui esant – po davėjo mirties) turi įsipareigoti jam perduotą daiktą išduoti tretiesiems asmenims, paprastai išlaikytiniams. Šioje situacijoje matome sutarties trečiojo asmens naudai požymių (plg. *Wesenberg*, p. 29 ir kt.).

Šių principų iš esmės laikėsi ir prigimtinės teisės kodifikacijos. Prūsijos žemės teisė 74 I 5 straipsnyje numatė, kad „trečiųjų asmenų pranašumai... [galėtų] būti sutarties objektas", tačiau pridūrė, kad „tretysis asmuo... iš tokios sutarties, kurios sudaryme jis nei netiesiogiai, nei tiesiogiai nedalyvavo, teisę [įgyja] tik tada, jeigu tam pritarė sutarties šalys" (75 str.). Kad žemės teisės sprendimas, kuris trečiojo asmens reikalavimo teisę padarė priklausomą nuo formalaus prisidėjimo pareiškimo, praktikoje nepasitvirtino, akivaizdžiai išplaukia iš žymaus pranešimo apie *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Teisės, kaip mokslo, nereikalingumą), kurį 1848 metais perskaitė Prūsijos filosofas ir prokuroras Kirchmannas. Jis nagrinėja dvaro perdavimo sutarties bylą, kurioje į seną dalį besikraustantis valstietis išsidera, kad kitos dalies pirkėjas dalį kainos išmokėtų tiesiogiai jo broliams ir seserims:

Ta prasme, kaip tauta supranta šį institutą, nėra abejonės, kad broliai ir seserys dėl jiems perleistų pinigų gali pareikšti ieškinį, net jei jie nebuvo pakviesti sudarant sutartį iki tol, kol neprieštarauja tėvas. Bet Prūsijos žemės teisėje šio instituto, nelaimei, nepastebėta, ir jam lieka tik bendrosios ALR 75 straipsnio I 5 nuostatos ... Šių nuostatų naudojimas minėtą institutą daro labai griežtą, ir todėl nuo seniai buvo ieškoma išeities, kaip išvengti 75 straipsnio griaunamojo poveikio. Labiau buvo bandomos fikcijos, konversijos, numatyti paveldėjimai ir panašios dirbtinės kontrukcijos (*v. Kirchmann*, ten pat, [1848] 21 f.).

Iš tiesų Prūsijos teismų praktika, nepaisydama žemės teisės redakcijos, broliams ir seserims pasiryžo suteikti teisę pareikšti ieškinį savarankiškai. Ilgai negalvojant ji reikalą traktavo taip, tarytum tėvas dvaro perėmėjo pasižadėjimą sumokėti už jo brolius ir seseris priėmė kaip jų „atstovas".

Palyginkime pamokymais turtingą Prūsijos 1846 08 25 Aukščiausiojo tribunolo nutarimą, Ob.Tr. 14, 68. Šią konstrukciją Kirchmannas suprato kaip varginančią, nes matė joje tik pavyzdį savo tezei, pagal kurią teisės mokslas, kaip žinoma, yra ne kas kita, kaip „nevertas batų taisymas" daugmaž mirštančiuose įstatymų tekstuose: „Tokios nemalonios rūšies sandoris, kad turime stebėtis, jog atsiranda tiek daug norinčių."

Neabejojama, kad būtent šioje srityje Vokietijos teisės mokslas nusipelnė, vis naujai apgalvodamas sutarties trečiojo asmens naudai problemą, kol buvo pasiektas sąvokų aiškumas, be kurių nebūtų įmanomas susiformavęs Vokietijos civilinio kodekso sprendimas. Ir pandektistai ne visada apsimetė kurčiais praktikos poreikiams. Tik keli iš jų, pvz., Brinzas (Pandektenrecht, 4 tomas[1892] 389 ir kt.), manė, kad sutartis trečiojo asmens naudai yra kažkas *logiškai neįmanoma*. Daugelis anų laikų teisės mokytojų labai gerai suprato, kad tuo metu ypač aktualiose gyvybės draudimo sutartyse, lygiai kaip ir sutartyse dėl rentos mokėjimo iki gyvos galvos ir jau minėtose žemės perleidimo sutartyse, nebeišsiverčiama vien romėnų teise. Todėl jie kūrė įvai-

riausias teorijas, kurios, panaudojant kitas pripažintas priemones, pasiekė, kad tretieji asmenys, nesantys sutarties šalimis, turėtų reikalavimo teisę. Minėta Prūsijos Aukščiausiojo tribunolo koncepcija – tai tik vienas iš pavyzdžių. Kiti buvo tos nuomonės, kad trečiojo asmens teisė pareikšti ieškinį gali būti motyvuojama fiktyvia cesija arba tuo, kad tretysis asmuo reikalavimą pareiškia kaip pažado gavėjo įgaliotinis. Pagaliau nugalėjo nuomonė, kad sutarties kontrahentų valia trečiajam asmeniui pati savaime sukuria reikalavimo teisę, ir tam nereikia kitų konstrukcijų. Tai buvo Windscheido požiūris, kuris kartu akivaizdžiai vadovavosi nuostata, kad „Vokietijoje... doktrina ir praktika, palyginus su romėnų teisės principais, nuo seno prasiveržė į priekį. Tai yra dalykas, kurio negalima ignoruoti ir kuriame turi būti atpažintas modernios teisinės sąmonės gūsis“ (Pandektų teisės vadovėlis, 2 tomas [1865] 316 str., p. 189 ir kt.). Windscheido dėka teisingas samprotavimas pateko į civilinį kodeksą.

II.

Vokietijos civilinio kodekso pradžioje yra sakinys, kad sutartimi gali būti susitarta tam tikrą veiksmą atlikti trečiajam asmeniui, „kad tretysis asmuo tiesiogiai įgyja teisę reikalauti veiksmo atlikimo“ (328 str. 1 d.). Jeigu įstatymas trečiojo asmens teisės įgijimą apibrėžia kaip „tiesioginį“, tuo norima pasakyti, kad reikia trečiojo asmens pareiškimo dėl įstojimo arba akcepto, arba kokio nors kito bendradarbiavimo veiksmo, net nežinojimo apie sandorio sudarymą, kad jam atsirastų reikalavimo teisė; tai išplaukia iš to, kad teisė nuo pat pradžių priklauso tik trečiajam asmeniui, o ne, nors tai tęstųsi tik vieną „teisinę sekundę“, pasižadėjimo gavėjui. Žinoma, tretysis asmuo neturėtų būti šiuo požiūriu diskriminuojamas; priešingai, taip jis galėtų atsikirsti pažado davėjui (Vokietijos CK 333 str.).

Sprendžiant klausimą, kokiomis sąlygomis sutartis pripažįstama sudaryta trečiojo asmens naudai, Vokietijos civiliniame kodekse buvo įtvirtinta taisyklė, šiuo atveju ir pagal Windscheidą, kad teisėjas, jei trūksta akivaizdžios sutarties nuostatos, išvadą iš esmės turi padaryti „atsižvelgdamas į aplinkybes, ypač į sutarties tikslą“. Žinoma, įstatymas teisėjo užduotį palengvino tuo, kad jis tam tikrais atvejais parengė prielaidas: gyvybės draudimo sutartis ir sutartis dėl rentos mokėjimo iki gyvos galvos, kuriose draudimo sumos mokėjimas arba renta iki gyvos galvos atliekami tretiesiems asmenims, abejojant yra pripažįstamos sutartimis trečiojo asmens naudai; tas pat galioja žemės perleidimo sutartims ir kitiems neatlygintiems finansinės paramos sandoriams su nauda trečiajam asmeniui (Vokietijos CK 330 str.). Priešingai, sutartimis trečiojo asmens naudai *nėra* pripažįstami tokie susitarimai, kai kažkas kitam pažada patenkinti jo kreditoriaus reikalavimą: šiuo atveju preziumuojama, kad kreditorius, kuris nėra sutarties šalis, neturi teisės pareikšti reikalavimo dėl mokėjimo skolininkui ir pastarojo sutarties šaliai (Vokietijos CK 329 str.).

Ypatingo dėmesio nusipelno 331 straipsnio norma: jeigu šalys susitarė, kad skolininko veiksmas trečiajam asmeniui turi būti atliktas tik po pažado gavėjo mirties, iškilus abejonėms, tretysis asmuo reikalavimo teisę įgyja tik po pastarojo mirties. Praktikoje tai reiškia, kad pažado gavėjas iki pat savo mirties trečiojo asmens naudos gavimą gali panaikinti arba pakeisti. Draudimo sutarčių įstatyme (166 str. ir kt.) gyvybės draudimo sutartims randame specialią nuostatą. Tačiau dar svarbiau yra tai, kad Vokietijos CK 331 straipsnyje sutarties leistinumas trečiojo asmens naudai mirties atveju yra visuotinai pripažįstamas. Taigi norintysis pasirūpinti tuo, kad turto objektas po jo mirties atitektų trečiajam asmeniui, tai gali padaryti sudaryda-

mas sutartį su kitu asmeniu su sąlyga, jei kitas pažadės, jog po pažado gavėjo mirties objektas bus perduotas trečiajam asmeniui. Nors iš esmės kalbama apie disponavimą sutarties objektu po vienos šalies mirties, atsižvelgti į testamentų arba paveldėjimo sutarčių formos reikalavimus nereikia, nes tretysis asmuo, kaip pavaizduota, teisę į mokėjimą įgyja „tiesiogiai", t.y. ne iš mirusiojo palikimo.

Teismų praktikoje pripažinta, kad „palikėjas" su savo banku gali susitarti formaliai, jog šis jo mirties atveju esamas pinigines lėšas išmokėtų trečiajam asmeniui. Šiuo atveju tretysis asmuo mokėjimo reikalavimą banko atžvilgiu įgyja po palikėjo mirties, tačiau tai lemia ne palikimo atsiradimas (RGZ 88, 137; 106; 1; BGH NJW 1975, 382; BGHZ 66,8). Nors tokia teismų praktika ir prieštarauja Vokietijos CK 2301 straipsniui, teismų praktikos taikymas išplėstas atveju, kai vertybinių popierių indėlio savininkui buvo pripažinta galimybė susitarti su banku depozitoriumu, jog jam mirus reikalavimą banko atžvilgiu dėl vertybinių popierių išdavimo turi įgyti tretysis asmuo (BGHZ 41, 95).

Teismų praktika sutartį trečiojo asmens naudai naudojo ir kitais, ne tik Vokietijos CK 329–331 straipsniuose nurodytais, atvejais.

Jei kas nors nuomoja privačią kliniką ir nuomos sutartyje išsidera, kad konkrečiam gydytojui turi priklausyti „pirmumo teisė" nuomai, pagal Vokietijos CK 328 straipsnį sutartis gali būti išaiškinta taip, kad gydytojas nuomotojo atžvilgiu įgyja savarankišką sutartinę teisę (BGHZ 3, 385). Jei kas nors atidaro sąskaitą banke, iš konkrečių aplinkybių, ypač iš pasirinktos sąskaitos pavadinimo, gali išplaukti, kad nuo sąskaitos atidarymo (taip pat ir) tretysis asmuo turi būti piniginių lėšų reikalavimo savininkas (BGHZ 21, 148). Pasižadėjimas aprūpinti, kurį nuotakos tėvas duoda būsimajam žentui, gali būti sutartis dukters naudai (RGZ 67, 204). Jei profesinė sąjunga pažeidžia kolektyvinėje sutartyje sutartą taiką, darbdavys jai gali pareikšti *savo* reikalavimą dėl žalos atlyginimo, nes darbdavių susivienijimo sudaryta kolektyvinė sutartis šiuo požiūriu yra sutartis atskirų, jai prisijungusių įmonininkų, naudai (BAG NJW 1957, 647).

Sutartis trečiojo asmens naudai yra pripažinta ir *Austrijoje* bei *Šveicarijoje*. Austrijos civilinis kodeksas iš pradžių, kaip ir visos prigimtinės teisės kodifikacijos, užėmė priešingą poziciją – 811 straipsnyje nustatė, kad niekas negali priimti pasižadėjimo už kitą. Tik 1916 metų Austrijos CK trečiuoju daliniu įstatymo papildymu Austrijos įstatymų leidėjas pripažino sutartį trečiojo asmens naudai. Šiuo požiūriu jis sekė Vokietijos civiliniu kodeksu, kai išdėstė, jog trečiųjų asmenų teisė išplaukia „iš susitarimo, prigimties ir sutarties tikslo". Vokietijos CK 329–331 straipsniuose į prielaidų vietą žengia neaiški formulė, kad tretysis asmuo abejojimo atveju įgyja nuosavą teisę, „jeigu veiksmai jam yra naudingi". Žemės perleidimo sutartyse galioja ta pati prielaida kaip ir Vokietijoje. Dar trumpesnė yra *Šveicarijoje* galiojanti taisyklė, įtvirtinta Šveicarijos PK 112 straipsnyje. Pagal ją tretysis asmuo gali reikalauti savarankiškai įvykdyti sutartį, „jeigu tai buvo sutarties šalių valia arba jei tai atitinka praktiką".

Be kita to, sutartis trečiojo asmens naudai, ypač Vokietijos teismų praktikoje, labai svarbi kaip priemonė spragoms deliktinėje teisėje šalinti. Reikšmingas šiuo atveju yra 1930 metų Imperijos teismo sprendimas. Nuomininkas su įmone sudarė sutartį dėl nuomojamame bute dujomis šildomo katilo remonto. Dėl montuotojo kaltės katilas sprogo ir sužeidė valytoją, kuri nuomininko prašymu dirbo jo bute. Imperijos teismas patenkino įmonei pareikštą ieškinį dėl

žalos atlyginimo, nes tarp jos ir nuomininko sudaryta rangos sutartis tuo pačiu „buvo ir sutartis ieškovės naudai“ (RGZ 127, 218, 221). Šiuo atveju kalbama ne apie, kaip pasakytume šiandien, „tikrąją sutartį“ trečiojo asmens naudai, nes ieškovė pagal rangos sutartį negali iš įmonės pati reikalauti prievolės įvykdymo – nepriekaištingai suremontuoti katilą. Šiuo atveju kalbama apie „sutartį su apsaugos poveikiu trečiajam asmeniui“, nes įmonininko įsipareigojimas, remontuojant katilą darbo imtis rūpestingai, veikia ir ieškovės atžvilgiu, todėl, jei jis šią pareigą pažeidė, ieškovei privalo atlyginti žalą.

Tokia sutarties apsauginė funkcija veikia tų trečiųjų asmenų naudai, apie kuriuos vienai sutarties šaliai žinoma, kad nesąžiningai atlikti veiksmai sukeltų jiems pavojų ir kad kita sutarties šalis dėl jų apsaugos turi savo interesą. Palyginkime iš gausios teismų praktikos RG JW 1937, 737 (sutartis tarp namo savininkų ir bendrijos dėl geriamo vandens tiekimo yra sutartis su apsauga namo gyventojams, kuriems dėl švino turinčio vandens naudojimo padaryta žala); BGHZ 33, 247 (sutartis tarp fabrikanto ir įmonininko dėl betono plokščių tiekimo ir montavimo yra sutartis su apsauga fabrikanto darbininkams, kurie dėl nekokybiško plokščių sumontavimo patiria žalą); BGH NJW 1965, 1757 (sutartis tarp sąjungos ir viešbučio dėl šventinės salės perdavimo ruošiant sąjungos šventę yra sutartis su apsauga sąjungos nariui, kuris paslysta ant slidžių salės grindų ir susižeidžia); BGHZ 49, 350 (nuomos sutartis dėl gamybinių patalpų yra sutartis su apsauga tiems, kurie nuomininko sutikimu savo daiktus atsineša į nuomojamas patalpas, ir dėl brokuotų patalpų savybių daiktai apgadinami). Lygiai taip pat OGH 1981 m. balandžio 29 d., JBl. 1982, 601 (sutartis tarp žemės sklypo savininkų ir įmonininkų dėl planavimo darbų įrengiant kelią yra sutartis su apsauga elektros energija aprūpinančiai įmonei, žemės sklype išlaikančiai aukštos įtampos stulpą, kuris, atliekant planavimo darbus, sugadinamas). Toliau OGH 1974 m. birželio 6 d., SZ 47 Nr.72; OGH 1976 m. vasario 4 d., SZ 49 Nr.14.

Daugelyje kitų Europos šalių teisinių sistemų ieškovams tokiais atvejais būtų pripažintas reikalavimas dėl neleistinų veiksmų. Į tokį reikalavimą atsižvelgia ir Vokietijos teisė. Tačiau atsakovas dažnai gali remtis Vokietijos CK 831 straipsniu, taigi pareikšti reikalavimus, kadangi žalą kūnui ar daiktui padarė pagalbinis asmuo, kurį jis rūpestingai parinko, nurodė ir prižiūrėjo. Šis atsakovo „nekaltumo įrodymas“ teisiniu politiniu požiūriu apskritai traktuojamas kaip nepasisekęs (plg. 41 II straipsnį) ir jo išvengiama tuo, kad atsakovui pripažįstamas iš sutarties kylantis reikalavimas.

Paskutiniaisiais metais Vokietijos teismų praktika trečiajam asmeniui užtikrino reikalavimus ir tuo atveju, kai jis reikalauja atlyginti ne kūno arba daiktinę, o „grynai turtinę žalą“ ir todėl deliktinių reikalavimų nėra nuo pat pradžių (plg. 40 II str.). Tipiškas yra atvejis, kai kredito institutas, auditorius, architektas arba koks kitas kompetentingas asmuo, besiremiantis profesiniu žinojimu, informacijoje arba atsiliepime yra įgalioti pasisakyti apie įmonės turto padėtį arba mokumą, arba apie turto vertę. Jei dėl neatsargumo tokia informacija suteikiama blogai, įgaliotojas gali reikalauti atlyginti nuostolius, susidariusius dėl „informacinės“ sutarties netinkamo vykdymo. Kaip būna tais atvejais, kai informacija patenka į trečiojo asmens rankas ir jis yra tas, kuris ja patiki ir todėl patiria nuostolių? Ir šiais atvejais Vokietijos teismų praktika preziumavo, kad tretysis asmuo gali būti įtrauktas į sutarties dėl informacijos suteikimo apsaugą, jeigu tik informacijos davėjui buvo žinoma, kad jo informacija skirta (ir) trečiajam asmeniui, o pastarasis, pasitikėdamas informacija, pakeitė planus.

Palyginkime, pvz., BGH NJW 1982, 2431; BGH NJW 1984, 355; BGH NJW 1987, 1758. Kitose teisės sistemose trečiajam asmeniui ir šiais atvejais gali priklausyti deliktinis reikalavimas: Prancūzijoje, nes pagal Prancūzijos CK 1382 straipsnį dėl *faute* padaryta žala ir „grynai turtui padaryta žala" – atlygintina, Anglijoje, nes atsakomybė iš nusikaltimo sudėties dėl *negligence* (neatsargumo) iš esmės sukelia kūno sužeidimą ar daikto sugadinimą. Tačiau būtent šiuo kaltai neteisingos informacijos suteikimo atveju daroma išimtis, ypač atlyginama *mere pecuniary loss* (grynai turtui padaryta žala). Plg. 40 III straipsnį.

III.

Prancūzijos civiliniame kodekse akivaizdžiai atsispindi principas, kad sutarties *vinculum iuris* teises ir pareigas sukuria tik sutarties šalims. Tačiau įstatymų leidėjas tučtuojau padarė apribojimų, kad šis principas negalioja sutartims trečiųjų asmenų naudai. 1165 straipsnis nustato:

Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.

1121 straipsnis *stipulation au profit d'un tiers* pripažįsta tik retais atvejais ir kartu leidžia suprasti, kad Prancūzijos teisės mokslas XVIII a. pabaigoje jau ruošėsi panaikinti romėnų principą *alteri stipulari nemo potest*, tačiau jis buvo dar labai nutolęs nuo šiuolaikinio neriboto leistinumo sutarčių trečiųjų asmenų naudai principo. Pagal 1121 straipsnį *stipulation au profit d'un tiers* galioja tik tada, jeigu tas, kuris trečiajam asmeniui pažada atlikti veiksmą, kartu pasižada ką nors įvykdyti ir sutarties šaliai, ir tada, jeigu sutarties šalis pažado davėjui duoda dovaną, susijusią su sandoriu. Jei į tas prielaidas būtų žiūrima rimtai, tai reikštų, kad dėdė tėvui dėl veiksmų pastarojo sūnui galėtų įsipareigoti tik tada, jeigu tuo pačiu metu nei dėdė ką nors pažada tėvui, nei dėdė ką nors gauna dovanų iš tėvo (atsižvelgus į mokėjimo sąlygas sūnui). Tačiau šiandien nustatyta, kad sutartis trečiojo asmens naudai galioja ir tuo atveju, jeigu šios sąlygos nėra įvykdytos. Šis veiksmas, kurį pažado gavėjas pagal 1121 straipsnį privalo atlikti pažado davėjui, neturi būti dovana, užtenka *bet kokios* turtinės paramos. Ir jeigu įstatymas nurodo, kad sudarant sutartį pažado gavėjas privalo nuolat išsiderėti veiksmą *sau pačiam*, šį reikalavimą teismų praktika pripažįsta įvykdytu jau tada, jeigu jis sandorio metu turi *profit moral* (moralinę naudą): tokią moralinę naudą reiškia draudėjo įsitikinimas, kad draudimo suma, prasidėjus draudiminiam įvykiui, bus išmokama suinteresuotam trečiajam asmeniui (Civ. 16.1.1888, D.P. 1888. 1. 77).

Ši teismų praktika buvo panaudota ir *Italijos* civiliniame kodekse, kurio 1411 straipsnyje rašoma, kad *stipulazione a favore di un terzo* galioja, jeigu pasižadėjimo gavėjas suinteresuotas trečiojo asmens nauda. Italijos teisės mokslas pasiskubino pareikšti, kad užtenka, jeigu šis interesas yra *di natura morale* (Cass. 1956.10.24, Nr. 3869, Giust.civ., Mass. 1956, 1318).

Iš esmės ribojančios sąlygos, kurioms esant įstatymų leidėjas 1804 metais pripažino sutartį trečiojo asmens naudai, išbrauktos iš Prancūzijos teismų praktikos: *l'un des exemples le plus souvent cités de l'oeuvre créatrice des tribunaux* (Mazeaud/Chabas, *Leçons de droit civil II 1* [1991] Nr. 787).

Tirdami, kokiose srityse sutartis trečiosios šalies naudai šiandien yra ypač svarbi, pastebime jau iš Vokietijos žinomą vaizdą. *Rentos iki gyvos galvos pasižadėjimui* Prancūzijos CK 1973 straipsnyje randama speciali norma, kuri trečiosios šalies naudą pareiškia akivaizdžiai leistina (lygiai taip pat Italijos CK 1875 str.). Prancūzijos 1930 m. liepos 13 d. Draudimo įstatyme specialiai sureguliuotos *gyvybės draudimo sutartys* (šiandien – *Code des assurances*). Seniau teismų praktika ir gyvybės draudimus pagal Prancūzijos CK 1121 straipsnį, nesant specialaus įstatymo, turėjo apibrėžti kaip paprastas sutartis trečiojo asmens naudai. Galima sakyti, kad aiškinimo problemos, kurių, naudodama 1121 straipsnį, teismų praktika patyrė nagrinėdama gyvybės draudimo sutartis, kartu buvo ir švarinanti ugnis, kuri Prancūzijos teisę apvalė nuo romėnų teisės šlakų. Ir kitos sutartys trečiojo asmens naudai, kuriomis pasižadėjimo gavėjas nori pasiekti, kad vienkartinį arba sugrįžtantį veiksmą tretysis asmuo gautų iš pažado davėjo rankų, Prancūzijos teismų praktikai žinomos. Nors šiuo atveju santykis tarp pasižadėjimo gavėjo ir trečiojo asmens paprastai grindžiamas neatlygintina parama, vadovaujamasi nuomone, kad tam tikslui nereikia laikytis esminių formos reikalavimų, pvz., Prancūzijos CK 931 straipsnio.

Tai aiškiai nustatyta Prancūzijos CK 1973 str. 2 d. rentos mokėjimo iki gyvos galvos pasižadėjimams. Tačiau paprastai tai yra visuotinai pripažinta ir, tarp kita ko, Vokietijos teisei gerai žinomu motyvu, kad esant *stipulation pour autri* tretysis asmuo įgyja reikalavimo teisę ne perdavimo sandoriu iš pasižadėjimo gavėjo turto, bet tiesiogiai remdamasis sutarties sudarymu; palyginkime Mazeaud/Chabas, ten pat, Nr. 776 ir Montpellier 1932.12.22, Gaz.Pal., 1933, 421.

Šios tipinės sutarties trečiosios šalies naudai formos pagrindas paprastai yra pasižadėjimo gavėjo rūpinimasis: jis nori garantuoti artimųjų išlaikymą, jiems, kaip naudos gavėjams, sukurdamas reikalavimo teisę pasižadėjimo davėjo atžvilgiu. Prancūzijos teisės mokslas šį institutą naudoja ir daugeliu kitų atvejų:

Jeigu, pvz., gamybinių patalpų nuomotojas nuomininkui pažada, kad gamybinėse patalpose verslu užsiimančios įmonės pardavimo atveju jis pratęs nuomos sutartį su įgijėju, vėlesnis įgijėjas iš nuomotojo gali pareikalauti nuomos sutartį pratęsti (Civ.1962.5.30, Bull. I, Nr. 279). Sutartis, kurią namo savininkas sudaro su durininku, gali būti pripažinta sutartimi nuomininkų naudai, ir tokiu atveju nuomininkai turi reikalavimo teisę durininko atžvilgiu, jeigu pastarasis pažeidžia jam pagal sutartį priklausančius įsipareigojimus (Trib.civ.Seine 1944.3.4, D.A. 1944. J. 84). Jei ligoninė sudaro sutartį, kurios pagrindu *Centre National de transfusion sanguine* paciento gydymui žada pasiūlyti kraujo donorą, ir pacientas patiria žalą sveikatai, nes kraujo donoras serga sifiliu, pacientas iš *Centre National de transfusion sanguine* turi pats reikalauti atlyginti žalą, nes ligoninė pagal Prancūzijos CK 1121 straipsnį sutartį sudarė paciento naudai (Civ.1954.12.17, Gaz.Pal. 1955. 1. 54).

Praktinėmis pasekmėmis sutartis trečiojo asmens naudai panaši į romaniškojoje teisinėje erdvėje vadinamąją *action directe (azione diretta)*, tačiau jos teisinė konstrukcija aiškiai skiriasi. Tam tikrais išimtiniais atvejais Prancūzijos civilinis kodeksas asmeniui, kuris ypač susidomėjęs kito asmens su trečiuoju asmeniu sudarytos sutarties įvykdymu, suteikia teisę pačiam pareikšti ieškinį. Prancūzijos CK 1994 str. 2 d. nustato, kad įgaliotojas gali pareikšti tiesioginį reikalavimą trečiajam asmeniui, kuriam įgaliotinis patikėjo tolesnį sutarties įvykdymą (kaip ir Italijos CK 1705 str. 2 d.). Pagal Prancūzijos CK 1753 straipsnį nuomotojas, jeigu nuomi-

ninkas jam skolingas nuomos procentus, gali pareikšti ieškinį tiesiogiai subnuomininkui (taip pat ir Italijos CK 1595 str.). Tas pat galioja statybininkų naudai, kurie gali pareikšti reikalavimą tiesiogiai užsakovui, jei jų darbdavys nesumokėjo atlyginimų, o šiam savo ruožtu pinigų dar neperdavė užsakovas (Prancūzijos CK 1798 str.); taip pat ir Italijos CK 1676 str.). Ta pati mintis galioja subrangovui, kuris, remdamasis sutartimi su pagrindiniu rangovu, atliko darbą: pagrindinio rangovo bankroto atveju jis taip pat gali tiesiogiai iš užsakovo reikalauti sumokėti atlyginimą, jei pastarasis dar nepatenkino pagrindinio rangovo reikalavimo sumokėti atlyginimą (1975 12 31 įstatymo 12 str.). Kitas svarbus *action directe* atvejis apima draudimo teisę: tas, kuriam padaryta žala, dėl žalos atlyginimo tiesiogiai gali pareikšti ieškinį draudikui, jeigu žalos darytojas turi žalos atveju dengiantį atsakomybės draudimą. Ši taisyklė šiuo metu visuotinai galioja Europoje.

Visi šie atvejai su *stipulation pour autrui* bendra turi tai, kad sutarties sudaryme nedalyvavęs tretysis asmuo tam, kuris pagal sutartį yra skolininkas, gali įgyti ir kreditorinius reikalavimus. Tačiau jeigu trečiojo asmens reikalavimo teisė esant *stipulation pour autrui* išplaukia iš, žinoma, kartais tik aiškinimu surandamos *šalių valios*, *action directe* atveju įstatymų leidėjas, remdamasis *in abstracto* atliekamu interesų vertinimu, pripažino trečiojo asmens teisę pareikšti ieškinį. Ir visai nesvarbu, ar tai *in casu* atitinka šalių valią.

IV.

Sutartimi trečiojo asmens naudai, kaip universaliai naudojamu teisiniu institutu, *Anglijos* teisė iki šios dienos negalėjo pasinaudoti. Visi vadovėliai išeities tašku laiko Lordų Rūmų teisėjo Viscounto Haldane'o pastabą, kurią jis pasakė Oberhauseno sprendime:

> My Lords, in the law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is a party to a contract can sue on it. Our law knows nothing of a ius quaesitum tertio arising by way of contract. Such a right may be conferred by way of property, as, for example, under a trust, but it cannot be conferred on a stranger to a contract as a right to enforce the contract in personam (*Dunlop v. Selfridge*, [1915] A.C. 847, 853).

Yra keletas XVIII a. sprendimų, kuriuose Anglijos teismai pripažino sutartis trečiojo asmens naudai. *Leading case* (precedentą sukūrusia) *Tweddle v. Atkinson* (1861) 1 B.& S.393, 4 L.T. 468 byla buvo sušvelnintas iki tol egzistavęs kategoriškai neigiamas požiūris į sutartį trečiojo asmens naudai.

> Ponas Tweddle'as ir panelė Guy vedė jauni. Norėdami prisidėti prie jaunų žmonių pragyvenimo išlaidų padengimo, abu tėvai sudarė rašytinę sutartį, kuria jie įsipareigojo tam tikrą sumą mokėti sutuoktiniui Tweddle'ui. Jie susitarė, *that the said William Tweddle has full power to sue the said parties in any court of law or equity for the aforesaid sums hereby promised and specified.* Kadangi nuotakos tėvas, ponas Guy, nemokėjo, sutuoktinis Tweddle'as pareiškė ieškinį, kurį po pono Guy mirties nukreipė testamento vykdytojui Atkinsonui. Ieškinys buvo atmestas, nes teismas ieškovui, kaip trečiajam asmeniui, kuris nebuvo sutarties šalis, nepripažino reikalavimo teisės.

Šios teorijos pateisinimui teismai ir vadovėliai pirmiausia remiasi pagrindiniu Anglijos sutarčių teisės principu, būtent – *doctrine of privity of contract* (sutartinių ryšių uždarumo dok-

trina). Joje vėl aptinkame senąjį sutarties vaizdą, kaip griežtai abipusiai privalomą *vinculum iuris*. Sutartinis ryšių uždarumas reiškia, kad sutartimi teisės ir pareigos gali būti motyvuojamos vien tik už bei prieš tokius asmenis, kurie yra sutarties šalys. Jeigu iš to išplaukia neleistinumas sutartimi įpareigoti trečiąjį asmenį, šis principas, žinoma, yra protingas, nes iš esmės be jo sutikimo sutartiniai įsipareigojimai niekam negalėtų būti suversti. Tačiau kodėl ir sutartys trečiojo asmens *naudai* turi patirti nesėkmę *privity* (sutartinių ryšių uždarumo) dogmoje, remiantis lyginamuoju teisės tyrimu neišaiškėja, juo labiau kad Anglijos teisė, kaip tai bus parodyta, daugybe atvejų atvirai nekreipia dėmesio į šį principą.

Prieš sutartinių ryšių uždarumo doktriną pirmiausiai pasisako paprasčiausias principas, kad teisinė sistema turi gerbti šalių ketinimus. Jei jos susitarė dėl to, kad tretysis asmuo, nors jis pats sutarties sudaryme galėjo ir nedalyvauti, iš vienos šalies gali reikalauti pažadėto veiksmo, toks susitarimas nusipelno teisėto pripažinimo. Toks susitarimas privalo atitikti įstatymų keliamas sąlygas, kurioms esant sutartiniai susitarimai galioja. Toks susitarimas negali prieštarauti įstatymų reikalavimams arba geriems papročiams, arba būti sudarytas veikiant apgaule ar grasinimu. Jei tai ne tas atvejis, reikia atsižvelgti į šalių valią ir pritarti trečiojo asmens teisei pareikšti ieškinį. Nuspręsti kitaip reikštų

to make it possible for a person to snap his fingers at a bargain deliberately made, a bargain not itself unfair, and which the person seeking to enforce it has a legitimate interest to enforce (*Lordas Dunedinas* savo mažumos votume *Dunlop v. Selfridge* [1915] A.C. 847, 855 byloje).

Tai akivaizdžiai parodo *Beswick* v. *Beswick* byla. Prekiautojas anglimi iš Lancashire, vardu Beswickas, savo sūnėnui rašytine sutartimi perleido anglies parduotuvės inventorių; kartu buvo susitarta, kad sūnėnas našlei mokės 6 svarų sterlingų atlyginimą. Tačiau po dėdės mirties sūnėnas atsisakė mokėti našlei. Ieškinį ji pareiškė ir kaip mirusio vyro testamento vykdytoja, ir kaip tretysis asmuo. Abiejose pirmosiose teisminėse instancijose buvo nuspręsta skirtingai. Pagaliau ieškinys pateko į Lordų Rūmus. Čia ieškovės, kaip trečiojo asmens, reikalavimai buvo atmesti, nes ji nebuvo sutarties, kurią sudarė sūnėnas, šalis ir todėl pagal sutartį negalėjo įgyti jokių teisių. Tačiau ieškinys buvo patenkintas todėl, kad ieškovė pareiškė ieškinį kaip savo vyro *testamento vykdytoja*, ir todėl reikalavimas (kylantis iš palikimo) įvykdyti sutartį *(specific performance)* gali būti įvykdytas jos naudai.

Palyginkime *Beswick v. Beswick* [1968] A.C.58. Kad ieškovė buvo testamento vykdytoja, vienaip ar kitaip yra atsitiktinė aplinkybė, kuri bylos sprendimui neturėjo jokios reikšmės. Jei sūnėnas pats būtų buvęs testamento vykdytojas, našlė būtų nieko nepešusi – tai juk grynai absurdiška išvada.

Anglijoje taip pat netrūksta balsų, kurie sutartinių ryšių uždarumo doktriną aštriai kritikuoja; net žymus teisėjas apibrėžė ją kaip *an anachronistic shortcoming that has for many years been regarded as a reproach to English private law*(*Lordas Delockas Swain* v. *Law Society* [1983] 1 A.C. 598, 611 byloje). Ši doktrina galėjo išsilaikyti iki šių dienų tik todėl, kad įstatymų leidėjas ir teismų praktika suformulavo kai kurias išimtis.

Pavyzdžiui, 1882 metų *Married Women's Property Act* (Ištekėjusių moterų turto įstatyme) nustatyta, kad gyvybės draudimo sutartyse, kurias sutuoktinis sudaro kito sutuoktinio ar savo vaikų naudai, turintysis teisę gauti pripažįstamas kaip *trust* (patikos) naudos gavėjas ir

todėl po draudėjo mirties – kaip turintysis teisę pareikšti reikalavimus. Ir privalomojo automobilio draudimo sutartyje „teisėtas vairuotojas“ gali, nors draudimo sutarties sudaryme ir nedalyvavo, iš draudiko reikalauti nuostolių atlyginimo, nes *William* v. *Baltic Iris Co.* [1924] 2 K.B. 282 byloje buvo suformuluota fikcija, kad draudėjas „teisėto vairuotojo“ naudai yra reikalavimų iš draudimo sutarties *trustee* (patikėtinis); šis sprendimas įstatymiškai pripažintas 1981 metų *Road Traffic Act* (Kelių eismo įstatymu) (žr. 148 (7)).

Be šių sutarčių trečiųjų asmenų naudai *įstatymiško* pripažinimo atvejų Anglijos teisė siūlo ir kitų teisinių institutų, su kurių pagalba tam tikromis sąlygomis pasiekiama norimo rezultato. Šiuo atveju pirmiausia paminėtina *trust* (patika). Jos pagrindinė mintis yra ta, kad kažkas tam tikrą turto objektą perduoda patikėtiniui *(trustee)*, kad šis davėjo nurodymu tvarkytų jį trečiųjų asmenų naudai. Todėl žemės perleidimo sutarčių tipo atvejai bendrojoje teisėje būtų išspręsti taip, kad žemės sklypo perėmėjas ūkį perima kaip patikėtinis ir *in equity* (remiantis teisingumu) tam tikrus veiksmus savo giminėms įsipareigoja atlikti kaip patikos naudos gavėjas. Tačiau ir reikalavimo teisė gali būti vertinama kaip patikos turtas: jei A sudarė sutartį su B, C taip pat gali pareikšti reikalavimą A, kylantį iš sutarties, jeigu teismas nustatys, kad reikalavimas, tiesą sakant, priklauso A, ir kad pastarasis jį pagal bylos aplinkybes turi tik kaip patikėtinis C naudai. Anglijos teismų polinkis *trust of a promises* (pasižadėjimo patiką) įtraukti kaip sutarties trečiojo asmens naudai surogatą, paskutiniais dešimtmečiais akivaizdžiai sumažėjo. Priežastis galėtų būti ta, kad patika iš esmės suvokiama kaip daiktinės teisės institutas ir, jeigu kiekvienas nedelsiant galėtų pareikšti reikalavimą trečiojo asmens, kuris nėra sutarties šalis, naudai, atsirastų pernelyg didelis *privity* (sutartinių ryšių uždarumo) principo suniveliavimo pavojus (plg. Treitel, p. 562 ir kt.; *Cheshire/Fifoot[-Furmston]* 455 ir kt.).

Sutartinių ryšių uždarumo doktrinai išvengti kartais naudojamos gana griežtos teisinės priemonės. Tai ypač gerai parodo atvejai, kai tretysis asmuo remiasi sutarties, kurios sudaryme jis pats nedalyvavo, išlyga dėl atleidimo nuo atsakomybės už prievolės neįvykdymą dėl neatsargumo. Ar gali, pavyzdžiui, krovėjų firmos uoste savininkas, kuriam ieškinį dėl nuostolių atlyginimo pareiškia krovinio išsiuntėjas ir savininkas, vadovautis išlyga dėl atleidimo nuo atsakomybės už prievolės neįvykdymą dėl neatsargumo, dėl kurios ieškovas susitarė ne su juo, o su laivo savininku? Pagal sutartinių ryšių uždarumo doktriną į šį klausimą atsakoma neigiamai. Į jį atsakoma teigiamai, jeigu tarp šalių egzistuoja tiesioginiai sutartiniai santykiai. Šio rezultato galima pasiekti, jeigu daroma prielaida, kad laivo savininkas pervežimo sutartį, jei kalbama apie išlygą dėl atleidimo nuo atsakomybės už prievolės neįvykdymą dėl neatsargumo, sudarė taip pat kaip įgaliotinis už krovėjų firmos savininką. Palyginkime, pvz., *Scruttons Ltd.* v. *Midland Silicones Ltd.* [1962] A.C. 446; *The Eurymedon* [1975] A.C. 154; *The New York Star* [1981] 1 W.L.R. 138.

Sutartis trečiojo asmens naudai Jungtinių Valstijų teismų praktikoje visuotinai pripažinta nuo Niujorko apeliacinio teismo sprendimo *Lawrence* v. *Fox*, 20 N.Y. 268 (1859) byloje. Dėl to dažniausiai atskiriama, ar dengimo santykis atrodo kaip neapmokama parama arba skolos padengimas. Pirmąjį atvejį turime tada, kai kas nors sudaro gyvybės draudimo sutartį ir kartu savo žmoną įvardija kaip naudos gavėją: šiuo atveju žmona įgyja reikalavimą sumokėti draudimo sumą, nors ji už tai savo sutuoktiniui nepadarė jokio priešpriešinio patenkinimo; todėl amerikiečių terminologijoje ji bus pavadinta *donee beneficiary*. Priešingai, apie *creditor beneficiaries* kalbama, jeigu kas nors vienas nori apmokėti skolą, o kas nors kitas jam pažada, kad šis atliks kreditoriui skolingą paslaugą. Žinoma, šis atskyrimas lemiamam klausimui, ar tretysis asmuo įgyja teisę pareikšti

ieškinį kaip *intended beneficiary*, ar jis yra netiesioginis naudos gavėjas *(incidental beneficiary)*, neturi jokios reikšmės. Pagal iš esmės vieningą nuomonę į šį klausimą atsakoma pagal tai, ar sudarydamos sutartį šalys veikė ketindamos trečiajam asmeniui suteikti savarankišką reikalavimo teisę. Kai susitarimas palieka abejonių, šiuo klausimu sprendžiama kaip ir Vokietijoje, – atsižvelgiant į konkrečias aplinkybes, sutarties tikslą ir sutarties šalių valią.

Palyginkime 1981 metų *Restatement Contracts 2d* 302 str. ir kt.; *Corbin* 776 straipsnis; *Kessler*, ten pat ir ypač *Eisenberg*, ten pat.

V.

Lyginamosios teisės literatūroje kartais randame pastabų, kurios bendrojoje teisėje liaupsinamai akcentuoja, kad klestintis prejudicinių faktų taikymo menas sukuria palankias galimybes nedelsiant reaguoti į ekonominių ir socialinių santykių pasikeitimą, atitinkamai pertvarkant teisinius principus ir standartus. Kontrasto sudarymui mielai nurodoma į kontinentinės teisės plėtros stilių: jos plėtra (nes iš esmės plėtojama įstatymų leidėjo) paprastai smarkiai atsilieka nuo gyvenimo pakitimų; labai dažnai teisės mokslas, kuris linksta į per didelį abstrahuojamų sąvokų sudarymą ir apibendrinimą, kliudo gyvenimo tikrovės objektyviam požiūriui. Žinoma, šiose tezėse slypi kruopelytė tiesos. Kad gali būti ir kitaip, rodo išnagrinėtos sutarties trečiojo asmens naudai pavyzdys.

Prancūzijos teismų praktika buvo ta, kuri, konfrontuodama su nepakankama Prancūzijos CK 1121 straipsnio nuostata, teisės plėtrą energingai perėmė į savo rankas ir išrutuliojo taisykles, su kurių pagalba įtikinamai leido teisiškai išspręsti teisinius fenomenus, pvz., „gyvybės draudimo“ reikalo esmę. Taip pat paaiškėjo, kad susiformavęs sprendimas, kurį civiliniame kodekse surado sutartis trečiojo asmens naudai, iš esmės yra dėkingas abstrakčiam teisės aiškinimui, kuris šį institutą sukūrė *teisės moksle*.

Priešingai, stebėtina, kaip Anglijos teisė užsispyrusiai iki šių dienų laikėsi pagrindinio principo, kad *only a person who is a party to a contract can sue on it*. Ar ši taisyklė kildinama iš sutartinių ryšių uždarumo doktrinos, ar iš priešpriešinio patenkinimo doktrinos, ar iš abiejų, dar diskutuojama. Tam naudojami aštrūs teoriniai argumentai, kurių, buvo manoma, Anglijos teisininkai neturi. Kad išgelbėtų šį principą, Anglijos teisėjai sugalvojo atsargos konstrukcijas, kurių dirbtinumas ir rafinuotumas iš kontinento stebėtojo reikalauja aukščiausios pagarbos.

Žinoma, atrodo, kad sutartinių ryšių uždarumo doktrinai jau skambinama varpais. Nes Anglijos *Law Commission* (Teisės komisija) rengia reformą, kurios tikslas – sutarties trečiojo asmens naudai leidimas. Panašus 1937 metų *Law Revision Committee* (Teisės pakeitimo komiteto) siūlymas buvo bergždžias. Pagal jį turėjo būti leistina, *that where a contract by its express terms purports to confer a benefit directly to a third party, the third party shall be entitled to enforce the provision in its own name*. Šį kartą šansai atrodo geresni todėl, kad aukšti Anglijos teisėjai savo nepasitenkinimą išreiškė atvirai ir įstatymų leidėją paragino veikti bei *sub rosa* pagrasino, kad kitu atveju jie patys galėtų imtis problemos sprendimo jau vien todėl, kad per paskutiniuosius metus kai kuriose bendrosios teisės šalyse apsvarstytas sutartinių ryšių uždarumo taisyklės panaikinimas, kitose šalyse tai jau įvykdė įstatymų leidėjas, Australijoje – teismų praktika.

Palyginkime Australijos Aukščiausiojo Teismo sprendimą *Trident General Insurance Co. v. McNiece Ltd.* (1988) 62 A.L.R. 508 byloje, taip pat *Reynolds* L.Q.Rev. 105 (1989) 1. Apie Anglijos refor-

mos svarstymus išsamiai praneša Beatsonas, ten pat. Pagal jį tretysis asmuo turi teisę įgyti mokėjimą tik tada, jeigu abi šalys kartu manė, kad tretysis asmuo tokią teisę turi. Todėl sutarčių su apsauga (taip vadinamoms Vokietijoje) trečiojo asmens naudai pripažinimas atmetamas. Anglijoje tai nėra neginčijama, tačiau suprantama, nes tretysis asmuo Anglijos deliktine teise apsaugotas geriau nei Vokietijos. Palyginkime šiuo įdomiu klausimu *Beatsonas*, ten pat, p. 22–26; *Lorenz*, Some Thoughts about Contract and Tort: Essays in Memory of Professor Lawson (leidėjas Wallington/Merkin, 1986) 86; *Lorenz*, Contract Beneficiaries in German Law: The Gradual Convergence (leidėjas Markesinis, 1994) 65; *Markesinis*, An Expanding Tort Law – The Price of a Rigid Contract Law: L.Q.Rev. 103 (1987) 354; *Markesinis*, A Comparative Introduction to the German Law of Torts (1994) 50 ir kt.; *Kötz*, The Doctrine of Privity of Contract: Tel Aviv Univ. Studies of Law 1990, 195.

II. SUTARTIES RAIDA

35. REIKALAVIMAS ĮVYKDYTI PRIEVOLĘ IR PRIEVOLĖS ĮVYKDYMAS PRIEVARTA

Boré, La liquidation de l'astreinte comminatoire, D. 1966 Chron. 159; *Burrows*, Specific Performance at the Crossroads, Leg.Stud. 4 (1984) 102; *Dawson*, Specific Performance in France and Germany, Mich.L.Rev. 57 (1959) 495; *Drai*, L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal, Rev.int.dr.comp. 38 (1986) 511; *Fréjaville*, L'astreinte, D. 1949 Chron. 1; *to paties autoriaus,* La valeur pratique de l'astreinte, J.C.P. 1951. I. 910; *Jeandidier*, L'exécution forcée des obligations contractuelles, Rev.trim.civ. 74 (1976) 700; *Jones/Goodhart*, Specific Performance (1986); *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, I tomas (1936) 269, 375 str. ir kt., *Rassat*, L'astreinte définitive, J.C.P. 1967 D. 2069; *Raynaud*, La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente, Mélanges Secrétan (1964) 249; *Remien*, Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich, Vereinheitlichung, Kollisionsrecht (1992); *Rheinstein*, die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht (1932) 138 ir kt., *Savatier*, L'exécution des condamnations au payement d'une astreinte, D. 1951. Chron. 37; *Schobert*, Die Realerfüllung, insbesondere nach anglo-amerikanischem Recht, Berner Dissertation (1952); *Szladits*, The Concept of Specific Performance in Civil Law, Am.J.Comp.L. 4 (1955); *Treitel,* Specific Performance in the Sale of Goods, J.Bus.L. 1966; *to paties autoriaus*, Remedies for Breach of Contract, Int.Enc.Comp.L.Vol. VII Ch. (1976) 6 ir kt.; *to paties autoriaus*, Remedies of Contract, A Comparative Account (1988) Ch. Enforced Performance; *Tunc*, Le renouveau de l'astreinte en droit français, jubiliejinis leidinys, Riese (1964) 397.

I.

Sudarantysis sutartį pasitiki, kad kita šalis sutartį vykdys. Tačiau jei parduota prekė nepristatoma, parduotas žemės sklypas neužleidžiamas, išnuomotas butas sutarčiai pasibaigus ne-

atlaisvinamas, dainininkė pažadėtame koncerte nedainuoja, tarnautojas po savo atleidimo, prieštaraujant sutarčiai, konkuruoja su buvusiu darbdaviu, tada kyla klausimas, kokius kelius teisės sistema turi paruošti tos sutarties šaliai, kuri, pasitikėdama sutarties įvykdymu, nusivilia. Visose šiuolaikinėse teisės sistemose yra pripažinta viena: kad kreditorius šiais atvejais negali tiesiog taikyti savigynos, tai yra pardavėjas neturi teisės iš pirkėjo prieš jo valią prekes paprasčiausiai atimti, nuomotojas negali būti priverstinai iškeldinamas arba sutarties šalis verčiama kitokiomis prievartos priemonėmis įvykdyti sutartį. Priešingai, sutarties šalis, kuri mano, kad jos teisės yra pažeistos dėl to, jog kita šalis nevykdo sutarties, turi kreiptis į teismą dėl pažeistų teisių gynimo, ir, tik priėmus teismo sprendimą, jo vykdymas bus užtikrintas valstybės prievarta.

Kreditorius, kuris negavo pažadėto veiksmo ir todėl patyrė žalą turtui, tokioje situacijoje gali būti suinteresuotas vien tik tuo, kad skolininkas susidariusius nuostolius kompensuotų pinigais. Tai dažniausiai bus tais atvejais, kai jis skolingą veiksmą galės geruoju įgyti iš kitos šalies, nors ir didesne kaina: jis bus patenkintas, jeigu iš neatvykusios sutarties šalies dėl didesnės kainos galės reikalauti atlyginti nuostolius. Kaip bus tada, kai žalą apskaičiuoti sunku arba neįmanoma, arba jei ir įmanoma, tačiau apskaičiuota suma neatspindi ypatingo intereso, kreditoriaus turimo dėl sutarties įvykdymo? Ar pirkėjas, kuriam aukcione pripažintas paveikslas, tačiau vėliau jis nepristatomas, gali reikalauti atlyginti nuostolius ir tada, kai jis į paveikslą turi ypatingą (šiap ar taip pinigais neįkainojamą) „mėgėjo interesą“, nes jame nutapytas įžymus jo protėvis? Arba ar gali jis teisme pasiekti sprendimo, kad aukciono pardavėjui būtų įsakyta pristatyti paveikslą? Kokioms sąlygoms esant (todėl taip skamba pirmas klausimas) teismas gali ieškovo prašymu paskirti atsakovui įvykdyti sutartį *in natura*, t.y. aukciono pardavėjui – pristatyti paveikslą, nuomininkui – atlaisvinti butą, dainininkui – dainuoti pažadėtame koncerte, tarnautojui – nekonkuruoti?

Jei teismo sprendimas buvo priimtas kreditoriaus naudai, tai dar ne visada reiškia, kad jo norai pasiekti. Daug skolininkų savo prievolės dalies neįvykdo ir tada, kai yra priimtas teismo sprendimas, kadangi jie to nesugeba arba mano, jog nesugeba padaryti, arba jie tiesiog nenori jos vykdyti. Šiuo atveju kreditoriui į pagalbą ateina valstybė; ji pasiūlo procesą, kuriame teismo patvirtintas reikalavimas, panaudojus valstybines prievartos priemones, realizuojamas neatsižvelgiant į skolininko norus arba, jeigu reikalavimams įvykdyti reikia skolininko valios, paveikiant jį grasinimu ir prievartos priemonėmis.

Ne mažiau mus turėtų dominti ir piniginių reikalavimų įvykdymas, kaip, pvz., pirkimo kainos sumokėjimas. Jis visur atliekamas taip: su valstybės teismo sprendimo vykdymą įgyvendinančių pareigūnų pagalba skolininko turtas areštuojamas ir parduodamas, o pardavimo įplaukos atitenka kreditoriui.

Taigi yra du klausimai, kuriuos nagrinėsime kitame skyriuje: kokioms sąlygoms esant viena sutarties šalis gali reikalauti, kad teismas kitai šaliai priteistų vykdyti prievolę? Kaip vykdomas toks sprendimas, jeigu tai nesusiję su pinigų mokėjimu?

II.

Vokietijos teisinėje erdvėje yra savaime suprantama, kad kreditorius prievolės įvykdymo gali pasiekti per teismą, reikalaudamas priimti sprendimą dėl priteisimo. Nėra jokio skirtumo, ar skolininkas yra įsipareigojęs pristatyti parduotas prekes, grąžinti butą arba atlikti kultūrinio pobūdžio paslaugas. Teisė pareikšti ieškinį pripažįstama prievolės dalimi ir yra savaime

suprantamas dalykas, kadangi tai niekur nėra aiškiai įtvirtinta įstatyme. Jeigu Vokietijos CK 241 straipsnyje rašoma, kad, remiantis prievoliniais santykiais, kreditorius yra įsipareigojęs „iš skolininko pareikalauti atlikti tam tikrą veiksmą", vadinasi, veiksmas gali būti išreikalautas per teismą ir gali būti paskelbtas atitinkamas, privalomas vykdyti sprendimas.

Sprendimas, kuriuo skolininkas įpareigojamas įvykdyti sutartį *in natura*, gali būti priimtas tik tokiu atveju, jeigu skolininkui toks įvykdymas yra *įmanomas*. Iš tiesų, kaip pasakė Imperijos teismas, „objektyviai neįmanomo veiksmo paskyrimas būtų beprasmiškas" (RGZ 107, 15, 17). Jei nupirktas paveikslas sugadintas, išnuomotas laivas areštuotas arba dainininkė kelias dienas prieš numatytą koncertą persišaldė taip, kad dėl to ilgą laiką negali dainuoti, sprendimo dėl sutarties įvykdymo daugiau negalima skelbti; priešingai, kreditoriaus reikalavimai atlyginti nuostolius apribojami.

Prekių deficito laikais tai gali sukelti nepageidaujamų rezultatų. Jei, pvz., kas nors perdavė laikrodininkui taisyti auksinį laikrodį, o šis dėl netinkamo saugojimo iš laikrodininko buvo pavogtas, užsakovo netenkins reikalavimas atlyginti žalą pinigais, nes, kaip tai buvo pirmaisiais metais po Antrojo pasaulinio karo, pinigai neturėjo vertės, ir laikrodžiai galėjo būti ne *perkami*, o reikalui esant *išmainomi* į kitus daiktus. Šiuo atveju padėjo teismų praktika, primindama tai, kad pagal Vokietijos CK 249 straipsnį įpareigotasis atlyginti žalą pirmiausia „[privalo] atkurti padėtį, kuri egzistuotų, jei atlyginti žalą įpareigojanti aplinkybė neprasidėtų". Šį „restitucijos natūra" principą, kuris normaliais laikais nebeturi didesnės praktinės reikšmės, nuo šiol priartino atvejai, kai atsakovas dėl jam žinomos priežasties ieškovui negalėjo grąžinti tam tikro kilnojamo daikto arba grąžino jį sugadintą: šiuo atveju atsakovui buvo priteista atlyginti žalą ne (beverčiais) pinigais, o pristatyti ieškovui arba lygiavertį daiktą iš savo atsargų, arba parūpinti jį „keitimo turguje" *(Tauschmark)*, t.y. paaukojant nuosavus daiktus. Minėtu atveju laikrodininkas buvo įpareigotas pristatyti užsakovui lygiavertį laikrodį (AG Hamburg Süddt.JZ 1946, 180; plg. taip pat OLG Hamm MDR 1947, 100; LG Oldenburg Süddt. JZ 1946, 179). Normalizavus ekonominius santykius šios rūšies teismo sprendimų nebėra žinoma.

Toks sprendimas yra neįmanomas ir tuo atveju, jeigu veiksmas pagal sutartį turi būti atliktas tam tikru laiku, tačiau šio termino skolininkas nesilaiko. Jei atvejis yra toks, kad veiksmas pagal savo prigimtį ir sutarties turinį gali būti įvykdytas tik sutartu laiku, pvz., iškepti vestuvių tortą, solistui dalyvauti naujametiniame koncerte, paslauga, nesilaikant termino, tampa *neįmanoma* ir todėl sprendimas, įpareigojantis įvykdyti prievolę, negalimas. Kitaip bus tuo atveju, jei tam tikrą prekių siuntą pardavėjas privalo pristatyti spalio pabaigoje: šiuo atveju nėra taip, kad dėl vėlavimo pristatymas netenka savo prasmės; todėl pirkėjas sprendimo, įpareigojančio įvykdyti prievolę, gali reikalauti ir lapkričio ar gruodžio mėnesį. Žinoma, šiuo atveju pardavėjui kyla neaiškumų dėl to, ar jis dar turi pristatyti prekes, ar gali orientuotis į žalos atlyginimą. Kad toks netikrumas nėra pageidaujamas komercinėje apyvartoje, rodo Prekybos kodekso 376 straipsnis: pagal šią nuostatą, jeigu pirkimo ir pardavimo sutartyje sutarties šalies paslaugai nustatytas tikslus laikas arba terminas, kita šalis, esant tam tikroms sąlygoms, termino nesilaikymo atveju gali reikalauti nuostolių atlyginimo arba atsisakyti sutarties; tačiau jei sutarties šalis, nepaisant termino nesilaikymo, reikalauja sutarties įvykdymo *in natura*, ji privalo apie tai kitai šaliai pranešti iš karto pasibaigus terminui; jei ji to nepadaro, teismas atsisako priimti sprendimą dėl priteismo. Pagal Vokietijos CK 326 straipsnį tas pat galioja, jeigu terminą praleidusiai šaliai nustatytas termino pratęsimas baigėsi nesėkmingai.

Teismo sprendimas, įpareigojantis atsakovą įvykdyti sutartį, ieškovui bus naudingas tik tuo atveju, jeigu teisės sistema tokio sprendimo įgyvendinimui numatys veiksmingas priemones. Taigi mums kyla kitas klausimas, ar galima ir kokiomis formomis įgyvendinti tokį sprendimą taikant priverstinio vykdymo priemones.

Vokietijos civilinio proceso kodeksas įvairiems reikalavimams dėl įsipareigojimo įvykdyti prievolę skiria keletą sprendimų rūšių ir kiekvienai šių reikalavimų rūšiai nurodo tam tikrą prievolės įvykdymo formą. Vokietijos CPK 883–886 straipsniai reguliuoja reikalavimų, kurie nukreipti į *daiktų perdavimą*, įvykdymą: jis vykdomas taip, ir tik taip, kad teismo antstolis iš skolininko paima kilnojamąjį daiktą arba priverčia jį palikti žemės sklypą. Blogiausiu atveju antstolis veikia su policijos pareigūnų pagalba. Jei sprendimu nustatytas reikalavimas nukreiptas ne į daikto perdavimą, o į tai, kad skolininkas atliktų *kitą veiksmą*, yra skiriama: ar tai, ką turėtų padaryti skolininkas, galėtų būti gerai atlikta ir trečiojo asmens, taigi jei skolingas veiksmas nėra susietas su skolininko asmenybe, tačiau, kaip pasakyta civilinio proceso kodekse, jis yra *pakeičiamas*, prievolės įvykdymas atliekamas taip, ir tik taip, kad teismas kreditorių jo prašymu įgalioja, jog tam tikrą veiksmą skolininko išlaidomis atliktų tretysis asmuo („atsarginis atlikimas“ pagal Vokietijos CPK 887 str.).

„Pakeičiami“ veiksmai yra, pavyzdžiui, namudinės paslaugos, kurios nereikalauja jokių ypatingų sugebėjimų ir todėl, be kita ko, gali būti atliktos ir trečiojo asmens. Prie jų priskiriami: statybos darbų atlikimas (LG Hagen JR 1948, 341), lifto atidavimas eksploatacijon dideliame name su nuomojamais butais (KG JW 1927, 1845), rankraščio spausdinimas (OLG München MDR 1955, 682). „Pakeičiamas“ veiksmas gali būti ir knygos ištraukos pateikimas arba atsiskaitymas, jei po susipažinimo su skolininko dokumentais jį galėtų atlikti žinovas (OLG Hamburg MDR 1955, 43).

Tačiau jei veiksmas, priešingai, yra *nepakeičiamas*, nes kreditoriaus reikalavimas gali būti įvykdomas tik skolininko, pagal Vokietijos CPK 888 straipsnį vykdymas pasireiškia teisioginiu poveikiu skolininko valiai – jam grasinama pinigine bauda arba suėmimu. Tai tinka tik tada, jeigu nepakeičiamo veiksmo atlikimas, kaip tai rašoma Vokietijos CPK 888 straipsnyje, „išimtinai priklauso nuo skolininko valios“. To nėra tais atvejais, kai skolininko veiksmas, apie kurio išgavimą prievarta čia kalbama, yra ypatingi meniniai ar moksliniai gebėjimai. Ir tokie veiksmai nebūtinai priklauso nuo skolininko valios: nepaisant geriausių norų kompozitorius nesukurs muzikos kūrinio ar teisės mokslininkas – vadovėlio, jeigu trūksta inspiracijos, nuotaikos, energijos arba kitų sąlygų, kurių reikia aukštesnės dvasinės veiklos produktams (plg. OLG Frankfurt OLGE 29, 251). Pagaliau Vokietijos CPK 888 straipsnyje yra įvardyti tam tikri atvejai, kai sprendimo nėra įmanoma įvykdyti: neįvykdomi yra sprendimai, kuriais vienas sutuoktinis kito sutuoktinio pareiškimu yra įpareigojamas elgtis atitinkamai, kad būtų atkurta šeima; neįvykdomi yra ir tie sprendimai, kuriuose atsakovas darbo santykių pagrindu yra įpareigojamas atlikti tam tikrus veiksmus, kurių atlikimą lemia darbo sutartis. Vadinasi, įmonininkas gali daryti įtaką sprendimo, kuriuo darbuotojas atsisako įvykdyti įsipareigojimą, kylantį iš darbo sutarties (akivaizdžiai apie tai RGZ 72, 393, 394), įvykdymui, tačiau šiuo atveju negali būti taikoma priverstinio vykdymo priemonių, nes darbuotojui turi būti išsaugota jo sprendimų laisvė dėl to, kaip jis nori įdiegti savo darbo jėgą, net jei taip yra pažeidžiama sutartis. Šiuo atveju įmonininkas turi tenkintis tik reikalavimais dėl nuostolių atlyginimo.

Ypatinga nuostata galioja atvejui, kai pozityvus veiksmas, kurį skolininkas privalo atlikti remdamasis sprendimu, pasireiškia *valios išreiškime*: pagal Vokietijos CPK 894 straipsnį valia laikoma išreikšta, kai tik sprendimas įsiteisėja.

Jei skolininkas nėra įpareigojamas atlikti pozityvų veiksmą, o *susilaikyti* nuo tam tikrų veiksmų atlikimo arba *neprieštarauti* jų atlikimui, galioja Vokietijos CPK 890 straipsnis: jei skolininkas nepaiso įpareigojimo, teismas kreditoriaus prašymu paskiria suėmimo bausmę arba į valstybės biudžetą patenkančią piniginę baudą. Apie šias bausmes skolininkas turi būti informuotas iš anksto; tai atsitinka jau sprendime, kuriuo skolininkas įpareigojamas susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų arba neprieštarauti jų atlikimui.

III.

Ir *romanų teisės* sistemose visuotinai pripažįstamas ieškinys dėl sutarties įvykdymo. Prancūzijos civilinio kodekso 1184 str. 2 d. nustato, kad kreditorius, kuriam neatliekama skolinga paslauga, esant dvišalei sutarčiai turi teisę reikalauti arba sutartį nutraukti, arba atlyginti nuostolius, arba „kitą šalį priversti įvykdyti susitarimą, jeigu tai yra įmanoma" (plg. Civ.1932.1.6, D.H. 1932, 114; lygiai taip pat Italijos CK 1453 str). Pirkimo ir pardavimo sutarčiai specialią normą randame Prancūzijos CK 1610 straipsnyje: pagal ją pirkėjas, kuriam nepristatytos prekės, vietoje sutarties nutraukimo gali pareikalauti, kad pardavėjas suteiktų galimybę daiktą valdyti. Lygiai taip pat kreditorius gali paveikti sprendimą, kuriuo skolininkas įpareigojamas atlikti pagal sutartį susitartą paslaugą (Civ. 1913.1.20, S. 1913. 1. 386), perleisti komercinius dokumentus (Civ.1923.11.7, D. 1926. 1. 171), atlaisvinti butą (Paris 1948.4.28, J.C.P. 1948. II. 4333) arba pasiūlyti arbitrą (Paris, 1951.3.1, D.H. 1951. 1. 315).

Prancūzijos civiliniame kodekse egzistuoja taisyklė, kuri leistų daryti prielaidą, jog neįmanomas sprendimo, kuriuo skolininkas yra įpareigojamas atlikti tam tikrus veiksmus arba nuo jų susilaikyti, priėmimas. Prancūzijos CK 1142 straipsnyje rašoma:

Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Ši nuostata remiasi idėja, kad žmogus, kaip laisvai ir atsakingai veikianti būtybė, valstybės prievarta negali būti priverstas atitinkamai elgtis prieš savo valią. Tiesa, ši kilniaširdiška, tačiau per daug neaiški idėja nuvedė prie Prancūzijos CK 1142 straipsnio redakcijos, kuri, kaip parodė raida, atsidūrė per toli. Todėl pardavėjo įsipareigojimas pristatyti parduotas prekes suprantamas kaip *obligation de donner*, o ne *obligation de faire* (plg. Prancūzijos CK 1101 str.); ir todėl pirkėjas, kuris, esant individualiais požymiais apibrėžtam daiktui, savininku tampa jau sutarties sudarymo metu, esant rūšiniais požymiais apibrėžtiems daiktams – paprastai juos atrinkus (plg. Prancūzijos CK 1138 str.), reikalavimą dėl tiekimo gali realizuoti sprendimo pagrindu, įgaliodamas teismo antstolį iš pardavėjo atimti daiktus *manu militari* ir juos išduoti jam (*saisie-revendication* pagal *Code de procedure civile* (Prancūzijos CPK) 826 straipsnį). Kiti šio principo apribojimai atsiranda Prancūzijos CK 1143 ir 1144 straipsniuose. Pagal paskutiniąją nuostatą kreditorius gali būti teismo įgaliotas skolininko veiksmą pastarojo sąskaita leisti įvykdyti trečiajam asmeniui; ši galimybė yra tinkama tik tais atvejais, kai as-

meninis skolininko dalyvavimas nereikalingas, taigi skolingas veiksmas, kaip išsireiškia Vokietijos CPK 887 straipsnis, yra „pakeičiamas“.

Todėl apibendrinamai reiktų pasakyti, kad Prancūzijos teisė visuotinai pripažino įvykdymą natūra, tačiau tokių sprendimų *įgyvendinimą* sureguliavo visai blogai: specialiosios vykdymo taisyklės, išskyrus mus nedominančių sprendimų dėl pinigų sumos priteisimo, numatytos tik sprendimų pristatyti tam tikrus daiktus, kuriuos tiesiogiai gali atimti teismo antstolis, įvykdymui. Įpareigojimams atlikti kitus veiksmus ar susilaikyti nuo jų atlikimo, nei Prancūzijos CK, nei Prancūzijos CPK specialiųjų vykdymo taisyklių nenumato. Tik esant pakeičiamiems veiksmams teismas pagal Prancūzijos CK 1144 straipsnį gali įgalioti kreditorių skolingą veiksmą skolininko sąskaita atlikti arba pačiam, arba leisti tai padaryti trečiajam asmeniui.

Aišku kaip ant delno, kad priverstino sprendimo, kuriuo skolininkas yra įpareigojamas įvykdyti prievolę, įgyvendinimo sritis Prancūzijos įstatymuose nagrinėjama labai netobulai. Šioms spragoms užpildyti Prancūzijos teismų praktika jau nuo XIX a. pradžios išplėtojo ypatingą prievartos institutą, vadinamąją *astreinte* (plg. išsamiai *Remien*, p. 33 ir kt.). Pagal ją teismas, paskirdamas skolininkui prievolės vykdymą natūra, kartu gali imtis veiksmų, kad skolininkas už kiekvieną uždelstą dieną ieškovui kaip *astreinte* mokėtų tam tikrą pinigų sumą. Dėl to skiriamos dvi *astreinte* formos, iš kurių vieną teismas gali pasirinkti vadovaudamasis savo įsitikinimu: esant *astreinte provisoire* kiekvienas grasinimas turi tik laikiną charakterį, nes teismas, galutinai nustatydamas skolininko veiksmų turinį, nėra susietas savo buvusiu sprendimu ir todėl gali nustatyti mažesnę mokėtiną sumą, nei grasinta. Esant *astreinte definitive*, priešingai, pradinis teismo potvarkis, ypač dėl per dieną (savaitę ar mėnesį) mokėtinos pinigų sumos, yra galutinis; šiuo atveju vėlesni teismo veiksmai tėra paprasta skaičiavimo operacija, kuriai esant laiko vienetų skaičius, per kurį skolininkas, nepaisydamas teismo įpareigojimo, vėluoja sumokėti, dauginamas iš sprendime nustatytos pinigų sumos. *Astreinte* potvarkis, pasibaigus sprendime nustatytam laikui, netenka poveikio; tačiau kreditorius, jeigu skolininkas neįvykdė prievolės, tolesniam terminui teismo gali prašyti atnaujinto potvarkio.

Astreinte nėra tinkama, kaip būtų galima galvoti, tik tokiais atvejais, kai įstatymiškai nustatytos vykdymo priemonės negali būti taikomos arba nežada sėkmės. Įpareigojimas perduoti automobilį (Com. 1966. 12. 12, Bull. II, Nr. 478) arba žemės sklypą nuosavybėn (Req. 1907.11.18, S.1913. 1. 386) gali būti realizuotas ir su *asreinte* pagalba, nors čia būtų įmanoma taikyti vykdymą, netiesiogiai į procesą įraukiant teismo antstolį. Ir teismo sprendimas, kuriuo nuomininkas yra įpareigojamas atlaisvinti nuomojamas patalpas, gali būti įvykdomas taip, jog teismo antstolis, blogiausiu atveju pasitelkęs tam tikras valstybės institucijas, nuomininką iškeldina prievarta. Tačiau jeigu teismai sprendimuose dėl patalpų atlaisvinimo nuolat naudojo *astreinte*, pirmaisiais pokario metais tai priklausė nuo to, kad valstybės institucijos, norėdamos išvengti pastogės neturėjimo problemos, vykdant tokius sprendimus visur atsisakė dalyvauti. Šioje situacijoje teismai griebėsi *astreinte* priemonių, kad nuomininką, pažeidžiant jo valią, inicijuotų atlaisvinti patalpas. Tiesa, šį būdą netrukus uždraudė 1949-07-21 įstatymas. Šiame įstatyme nustatyta, kad teismo sprendimuose dėl patalpų atlaisvinimo yra leistinos tik *astreintes provisoires* ir kad galutinai jos gali būti paskirtos tik po nuomininko išsikraustymo ir niekada negali viršyti nuomotojui atsiradusios žalos.

Ir tada, kai kreditorius pagal Prancūzijos CK 1144 straipsnį gali pasinaudoti „atsarginiu variantu“, teismai neapgalvoję nurodė, jog *astreinte* yra galima, pavyzdžiui, kai kaimynui paskirta nugriauti ribojančią sieną (Civ. 1965.4.7, Bull. I, Nr. 3) arba pardavėjui išmontuoti jo pristatytus brokuotus įrenginius (Civ.1913.1.20, S.1913. 1. 386). Toliau kasacinis teismas pri-

pažino, kad *asreinte* gali būti pritaikyta ir sprendimams dėl priteisimo, tačiau, šiaip ar taip, tik tada, jeigu kreditoriaus žinioje nėra kitos veiksmingos priemonės tokio mokėjimo reikalavimui įgyvendinti. Taip parašyta Com. 1956. 4. 17, J.C.P. 1956, 9330 su Vellieuxo pastabomis: Marselio miestas buvo skolininkas, kuris pagal priimtą sprendimą nenorėjo atlyginti nacionalizacija padarytos žalos ir atsižvelgiant į tai, kaip manė kasacinis teismas, teisėtai – civilinių bylų teisėjas kito delsimo atveju gąsdino *astreinte* institutu.

Žinoma, tokios rūšies bylos retos, nes normali sprendimu nustatytų mokėjimo reikalavimų priemonė pagal Prancūzijos CPK 583 ir kitus straipsnius yra *saisie-execution*. Reti yra ir tokie atvejai, kai pardavėjas su *asreinte* pagalba turi pristatyti rūšiniais požymiais apibrėžtas prekes, nes rinkoje pirkėjas gali nuolat susidaryti atsargas ir todėl nėra suinteresuotas, kad jo partneris vykdytų įsipareigojimus (tačiau plg. Req. 1920.12.20, D.P. 1921. 1. 62). Ypač dėl karo trūkstant prekių gali būti kitaip; šiuo atveju, jeigu pirkėjas reikalauja, kad pardavėjas prievolę įvykdytų natūra, *astreinte* visiškai tinka įsipareigojimo dėl pristatymo įvykdymui užtikrinti (plg., pvz., Trib.com.Seine 1919.12.16, D.P. 1920. 2. 34; Besancon 1946.12.4, Gaz. Pal.1947. 1. 20).

Didžiausią praktinę reikšmę *astreinte*, be abejo, turi tokiuose sprendimuose, kurių įgyvendinimui rašytinė teisė nepateikia jokių pagalbinių priemonių, taigi tais atvejais, kai skolininkui paskiriama ne tik sumokėti pinigus arba perleisti daiktus, bet ir atlikti kitus veiksmus, kaip, pavyzdžiui, pateikti tarnybinį pažymėjimą (Soc. 1966.6.29, Bull. IV, Nr. 641) arba perkelti įmonę (Com. 1966.10.6, Bull. III, Nr. 682). *Astreinte* taip pat taikoma esant reikalavimams susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų. Šiuo atveju prarastos sumos dydis negali priklausyti nuo to, kokiam terminui skolininkas uždelsė, priešingai, sumos dydis priklauso nuo to, kaip dažnai jis pažeidė pareigą susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų. Pavyzdžiui, vienam įmonininkui buvo uždrausta jo gaminamiems gėrimams naudoti butelius, panašius į gebančius konkuruoti ieškovo butelius; *astreinte* buvo patvarkyta taip, kad atsakovas privalėjo mokėti 10 Prancūzijos frankų *par infraction constatee* (Com. 1965.3.31, Bull. III, Nr. 245).

Paviršutiniškai stebint galima būtų manyti, kad kalbama apie teisinį institutą, kuris panašia forma, būtent – Vokietijos CPK 888, 890 straipsniais paskirtomis piniginėmis baudomis – žinomas ir Vokietijos teisei, tiesa, griežtai apribotas atvejais, kai skolininkui paskiriama atlikti nepakeičiamą veiksmą ar susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų. Šis stebėjimo būdas praleistų esminę aplinkybę, pagal kurią *astreinte* ir minėtos piniginės baudos skiriasi: pirmoji plaukia į kreditoriaus turtą, antrosios – atitenka valstybei.

Šio dėmesio verto skirtumo supratimui svarbu atsiminti tai, kad *astreinte* yra Prancūzijos teismų praktikos kūrinys. Teismai šį institutą *extra legem – en marge des textes* išplėtojo po to, kai pripažino, jog dėl įstatymų spragų iškilo poreikis sprendimo nevykdantį skolininką priversti įvykdyti grasinant bendromis piniginėmis sankcijomis. Mintis, kad tokie mokėjimai galėtų priklausyti *valstybei*, Prancūzijos teismams niekada nekilo, ir be įstatyminio pagrindo vargiai ar ji galėtų būti realizuota teismų praktikoje. Paprasčiau buvo *astreinte* įkurdinti netoli kito privataus teisės instituto: ją pripažinti kaip ypatingą tvarkymo formą *nuostolių atlyginimo* srityje. Tai iš tiesų buvo pagrindinis Prancūzijos teismų praktikos išeities taškas. Pripažįstama, kad *astreinte tvarkymas* yra priemonė skolininko valiai pareikšti ir todėl sumos dydis turėtų priklausyti ne tik nuo kreditoriui atsiradusios žalos apimties, bet ir nuo jo sugebėjimo atlikti tam tikrus veiksmus. Kai dėl galutinio *astreinte nustatymo*, vadinamojo *liquidation* (likvidavimo), tik pats teisėjas turėjo nustatyti žalos dydį, kuris kreditoriui neginčijamai

atsirado neįvykdžius prievolės arba pavėlavus ją įvykdyti. Nė kiek nekeista, kad teismų praktika XIX a. šiais atvejais skolininkui liepė nuolat mokėti *dommages et interets: astreinte* sąvoka teisinėje kalboje įsitvirtino tik vėliau.

Požiūris, pagal kurį kiekviena *astreinte* galiausiai patenka nuostolių atlyginimo pripažinimui, šiam institutui suteikia prievartos pobūdį. „Kokia viso to prasmė?" – teisėtai buvo klausiama Prancūzijos teisinėje literatūroje – kai teisėjas neįvykdžius prievolės skolininkui pažada drakonišką *astreinte*, jeigu nustatyta, jog šiuo atveju kalbama apie tuščią grasinimą, kadangi išvadoje gali būti pripažintas tik nuostolių atlyginimas? Po ilgo teismų praktikos svarstymo tarp abiejų pozicijų kasacinis teismas vienareikšmiškai nusprendė, kad *astreinte* dažniausiai nustatoma pagal tai, kiek skolininkas nevykdo prievolės ir kokie jo turtiniai santykiai. Taip šis institutas įgijo aiškiai baudžiamąjį pobūdį: kalbama ne apie tam tikrą nuostolių atlyginimo formą, o apie atvirą privataus pobūdžio bausmę.

Pagrindinio sprendimo Civ. 1959.10.20, D. 1959, 537 su Holleauxo pastabomis pagrindas buvo toks: atsakovė elektros bendrovei pagal kaimyno *sous astreinte* ieškinį buvo įpareigota jos žemės sklype atlikti tam tikrus statybos darbus. Kai atsakovė neatliko darbų, ieškovas pasiekė *astreinte liquidation;* tuo pačiu metu teismas pasiūlė naują *astreinte* – trims mėnesiams. Nesėkmingai. Atsižvelgdamas į tai ieškovas vėl panaikino *astreinte* ir pasiūlė kitą (taip pat nustatytą trims mėnesiams) 10 000 Prancūzijos frankų per dieną. Tačiau ir ji buvo nesėkminga. Tik kai nuo šiol teismai nustatė 900 000 Prancūzijos frankų *astreinte* (90 dienų po 10 000 Prancūzijos frankų), atsakovė pagyvėjo ir pareiškė, kad *astreinte* galėtų būti nuolat panaikinama tik efektyviai susidariusios žalos dydžiu. Apeliacinis teismas šios minties atsisakė ir sprendimą patvirtino (Riom 1956.12.10, S. 1957, 112). Kasacinis teismas reviziją atmetė: *astreinte provisoire*, taip rašoma sprendime, yra *mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts... un moyen de vaincre la résistance opposée a l'exécution d'une condamnation. Astreinte* turėjo kompensuoti ne nuostolius, kurie kreditoriui atsirado neatlikus paslaugų; priešingai, ji nuolat nustatoma *en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses faculties.* Lygiai taip pat 1960.1.20, J.C.P. 1960. II. 11483; Civ.1960.7.12, Bull.civ. 1960. I. 319, Ch. 1965.3.17, Bull.civ. 1965. I. 143.

Nors be *astreinte* neįsivaizduojama Prancūzijos teismų praktika, literatūroje dėl šios teisinės formos vis dažniau kyla abejonių, kurios yra tuo intensyvesnės, kuo teismų praktika aiškiau pažymi jos prievartinį pobūdį. Ir iš tiesų, jeigu pareikštas *astreinte* tikslas yra palaužti skolininko pasipriešinimą nevykdant sprendimo ir jeigu *astreinte* toliau privalo būti nustatyta skolininkui taip, kad jis būtų tinkamu santykiu tarp skolininko elgesio ir jo finansinių galimybių, tada nesuprantama, kodėl taip išieškota pinigų suma (didesnė už atsiradusią žalą) turi įplaukti į kreditoriaus privatų turtą. Kad Prancūzijoje, atsižvelgiant į *astreinte* hibridišką pobūdį, jaučiamas nepasitenkinimas, rodo tai, kad 1971 metais aptariant vieną įstatymą, kuris *astreinte* turėjo pirmąsyk suteikti tvirtą įstatyminę bazę, visai rimtai duotas siūlymas skolininko mokamą pinigų sumą per pusę padalyti valstybei ir kreditoriui. Šiam siūlymui nebuvo pritarta. 1972-07-05 įstatymas (šiandien: 1991-07-09 įstatymo Nr. 91-650 33 str. ir kt.) vadovaujasi tuo, kad *astreinte* gauna kreditorius. Todėl visiškai neabejojama, kad *astreinte* tikslas yra ne atlyginti nuostolius, bet tik paveikti skolininko valią.

Palyginkime išsamiai *Remienas*, ten pat, p. 41 ir kt. Čia taip pat vaizduojamos atitinkamos *Olandijos, Belgijos* ir *Liuksemburgo* teisių taisyklės, kurios buvo suvienodintos 1973-11-26 Beniliukso

šalių susitarimu Dėl vieningo įstatymo apie prievartos pinigus, kuris įsigaliojo 1980-01-01. *Astreinte* taip pat perėmė ir kitos Europos šalys, kaip, pavyzdžiui, *Graikija* (CPK 946 str. ir kt.), *Lenkija* (CPK 1050 str. ir kt.) ir *Portugalija* (Portugalijos CK 829-A straipsnis), o Portugalijoje buvo nuspręsta, kad šios taisyklės, pagal kurias pusė pinigų sumos tenka valstybei, o kita pusė – kreditoriui, yra keistos. UNIDROIT – Tarptautinių komercinių sutarčių principas taip pat leidžia paskelbti *astreinte*. Kreditorius ją turi gauti tik tada, jeigu kas nors nenustatyta būtinomis *lex fori* taisyklėmis (UNIDROIT – Tarptautinių komercinių sutarčių principo 7.2.4 straipsnis).

IV.

Matėme, jog sutarties šaliai tiek Prancūzijos, tiek ir Vokietijos teisėje yra suteikiama teisė teismui pareikšti ieškinį dėl prievolės įvykdymo natūra. Bendrojoje teisėje vadovaujamasi prieštaringu požiūriu: jeigu nevykdomas sutartinis įsipareigojimas, sutarties šalis yra ribojama tik galimybe pareikšti ieškinį dėl *breach of contract* (sutarties pažeidimo). Kadangi šis ieškinys istoriškai susiformavo iš deliktų *trespass* (teisės pažeidimo), tad juo galima reikalauti tik žalą atlyginti pinigais. Bendrajai teisei yra visiškai svetima nuomonė, jog sutarties sudarymas taip pat suteikia galimybę reikalauti sutarties *įvykdymo* užtikrinimo valstybės prievarta; priešingai, vadovaujamasi pozicija, jog, kaip pasakė *O.W. Homes* (*The Common Law* [1881] 301) – *the only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised act does not come to pass.*

Jeigu sakoma, kad bendrajai teisei nežinomas skolininko teisminis įpareigojimas įvykdyti sutartį, tai ši norma bendrajai teisei galioja tik siaurąja prasme, taigi toms teisinėms normoms, kurias anglų teisinėje istorijoje išplėtojo karališkieji teismai. Tuo pačiu metu kanclerio *Equity* (teisingumo) praktikoje, o paskui ir kanclerių istorijoje pamažu susiformavo taisyklės, kurios griežtą principą apie ieškinio dėl sutarties įvykdymo negalimumą sušvelnino tais atvejais, kai jis buvo pernelyg griežtas. Pagal šias taisykles ieškovas išimties tvarka galėjo reikalauti įvykdyti sutartį *(specific performance)*, jeigu jam Teisingumo teismą pavykdavo įtikinti, kad *at law* (pagal įstatymą) priklausantis skundas – ypač *action for damages* (ieškinys dėl žalos atlyginimo) dėl sutarties nesilaikymo jam buvo nepakankamas *(inadequate)*. Nors šiandien tiek Anglijoje, tiek Jungtinėse Amerikos Valstijose atskyrimas tarp *Law Courts* ir *Equity* teismų yra panaikintas ir visi teismai naudoja tiek pagal įstatymą, tiek *in equity* (pagal teisingumą) išplėtotas teisines normas, supratimas apie išimtinį reikalavimo pobūdį į *specific performance* (reikalavimą įvykdyti sutartį natūra) vis dar turi galios; lygiai taip pat šiandien pabrėžiama, kad reikalavimo įvykdyti sutartį užtikrinimas yra teisėjo „laisva nuomonė“, nors ta nuomonė ilgoje teismų praktikoje išsirutuliojo į taisykles, kurioms susaistymas, laikantis išimtinės teisės principų, galioja taip pat, kaip ir kitoms teisinėms angloamerikiečių teisės sritims.

Svarbiausia pasmerkimo sąlyga reikalavimui įvykdyti sutartį natūra slypi tame, kad nuostolių atlyginimo užtikrinimo taisyklės kreditoriui yra *inadequate* (nepakankamos), nes jo interesas sutartį įvykdyti yra sunkiai apskaičiuojamas pinigais. Ypač išskirtinis yra tas atvejis, kai pagal sutartį skolininkas kreditoriui privalo perleisti žemės sklypą arba teises į žemės sklypą: šiuo atveju kreditoriaus interesas į esamą žemės sklypą dažniausiai jau vien todėl adekvačiai neperskaičiuojamas į piniginę išraišką, nes identiško žemės sklypo nėra arba, nors toks ir yra, tačiau neparduodamas. Žinoma, gali būti ir kitaip, pavyzdžiui, perkant sublokuotą namą ar atitinkamo dydžio žemės sklypelius iš naujai įsisavintos statybos vietos. Priešingai, ieškinys dėl sutarties įvykdymo tokio pobūdžio bylose *visuomet* tenkinamas, net jeigu atskiru atveju užtektų

atlyginti nuostolius. Kitaip yra kitokio pobūdžio pirkimo ir pardavimo sutartyse. Pavyzdžiui, perkant vertybinius popierius yra skiriama: jei parduotuose vertybiniuose popieriuose kalbama apie nuorodas į turtą, reikalavimas atlyginti nuostolius pirkėjui yra adekvatus skundui; jei kalbama, priešingai, apie akcijas, kurių negalima įgyti nei biržoje, nei iš privačių asmenų, tai turime reikalavimą dėl sutarties įvykdymo natūra. *Prekių pirkimo* srityje šie principai atsispindi įstatyminėse nuostatose. Anglijoje pagal 1979 metų *Sale of Goods Act* (Prekių pirkimo ir pardavimo įstatymą) teismas pirkėjo prašymu iš pardavėjo, kuris privalo pristatyti *specific or ascertained goods*, sprendimu gali reikalauti *that the contract shall be performed specifically*. Ar teismas priims tokį sprendimą, priklauso tik nuo jo valios; lygiai taip pat Jungtinėse Valstijose, kur Vieningo komercinio kodekso 2–716 (1) straipsniuose tik bendrai paaiškinta, kad reikalavimas įvykdyti sutartį natūra galėtų būti paskelbtas *where the goods are unique or in orther proper circumstances*. Todėl paprastai reikalavimas dėl sutarties įvykdymo patenkinamas, jeigu pardavimo objektas yra *individualiais požymiais apibrėžtas daiktas*, kuris be galo retas arba jo vertė sunkiai įvertinama, arba pirkėjas juo labai domisi, kaip, pavyzdžiui, senas paveldėtas daiktas, altoriaus paveikslas, Renesanso epochos veidrodis, vertinga tabako dėžutė, pirkėjo prajodinėtas žirgas. Perkant *rūšiniais požymiais apibrėžtas prekes,* priešingai, reikalavimo dėl nuostolių atlyginimo paprastai pakanka, nes pirkėjas be jokių sunkumų gali sudaryti apsauginį sandorį. Žinoma, teismų praktika, ypač Jungtinėse Valstijose, kur į istoriškai paveldėtą reikalavimo dėl sutarties įvykdymo „išskirtinį charakterį" žiūrima gana skeptiškai, patenkino reikalavimą įvykdyti sutartį natūra ir sutartims, kurių objektas yra rūšiniais požymiais apibrėžti daiktai, ir pirmiausia *requirement contract* atvejais, kai tiekėjas įsipareigoja tenkinti nuolatinį gamintojo poreikį žaliavoms, kad būtų gaminamos reikalingos prekės. Šiuo atveju teismų praktika reikalavimą įvykdyti sutartį natūra tiekėjui paskiria net tada, kai žaliavas iš bėdos parūpina trečioji šalis, jei tik aprūpinimas iš ano šaltinio nėra aiškus arba jis galėtų būti vykdomas nenuolat arba gamintojo įmonėje būtų padaryta didelių pertvarkymų.

Pagal oficialų Vieningo komercinio kodekso 2–716 straipsnių aiškinimą šiais atvejais turime *the typical commercial specific performance situation*. Anglijos teismų praktiką, kuri šiuo klausimu vis dar lieka gana santūri, kritiškai nagrinėja *Treitelis J.* Bus.L. 1966, 211, 225 ir kt. Palyginkime visgi *Sky Petroleum Ltd.* v. *V.I.P. Petroleum Ltd.* [1974] 1 W.L.R. 576 bylą: ieškovė, remdamasi ilgalaike sutartimi, savo kolonėlei iš atsakovės pirko didelius kiekius benzino. Dėl staigaus mineralinių tepalų kainų pakilimo atsakovė nebenorėjo vykdyti sutarčių; todėl be rimtų priežasčių ji nutraukė tiekimą. Atsižvelgdama į tai, ieškovė prašė sprendimo, kuriuo atsakovei turėtų būti uždrausta sulaikyti benzino tiekimą. Teisėjas Gouldingas nustatė, kad ieškovė iš atsakovės iš tiesų reikalavo ne neatlikimo, bet teigiamo įvykdymo, tai yra atnaujinti sutartinius tiekimus, taigi reikalavimo įvykdyti sutartį natūra. Nors pirkėjas, kuriam nepristatomos rūšiniais požymiais apibrėžtos prekės, paprastai yra apribojamas nuostolių atlyginimu, teisėjas šiuo atveju paskelbė sprendimą dėl sutarties įvykdymo, nes ieškovei dėl nepaprasto benzino trūkumo iš esmės neliko jokios kitos apsirūpinimo galimybės.

Reikalavimo dėl žalos atlyginimo neadekvatumas yra ne vienintelis požiūris, kuris svarbus *specific performance* (reikalavimo įvykdyti sutartį natūra) užtikrinimui. Kitas samprotavimas, kurį teismų praktika šiame kontekste dažnai svarsto, yra: ar sprendimo dėl sutarties įvykdymo *vykdymas* būtų įmanomas be didesnės žalos? Jei, atsižvelgiant į sprendimo rūšį, turi būti tikima tuo, kad teismas tik labai sunkiai arba po ilgo laiko gali nustatyti nevykdymo faktą arba dėl ilgo vykdomos sutarties laikotarpio jau daugelį metų turi būti imamasi tokių išaiški-

nimų, ši aplinkybė sudaro argumentą prieš reikalavimo įvykdyti sutartį natūra užtikrinimą. Jau teisminio nagrinėjimo metu teismas tarsi „šnairuoja" į sprendimo sisteminio vykdymo galimybes; tam pačiam poreikiui reikalavimo dėl sutarties įvykdymo atmetimas tarnauja ir tuo atveju, jei skolinga paslauga sutartyje yra aprašyta taip neaiškiai, kad sprendimas dėl *vagueness* ar *uncertainty* vykdymo sukeltų sunkumų.

Anglijoje *leading case* (precedentą sukūrusi byla) yra *Rayn* v. *Mutual Tontine Westminster Chambers Association* (1893) 1 Ch. 116: atsakovė nuomotoja nuomos sutartimi ieškovui pažadėjo angažuoti durininką, kuris turėjo nuolat gyventi nuomojamame žemės sklype ir nuolat atlikti sutartyje apibrėžtus darbus. Ieškovas reikalavo, kad atsakovė šį įsipareigojimą įvykdytų natūra. Teismas atmetė šį skundą, nes reikalavimas įvykdyti sutartį natūra negalėjo būti patenkintas, jeigu ilgalaikės sutarties tinkamas atlikimas, kaip šiuo ateju, reikalauja *constant superintendence by the court*. Ir namų statybos sutartyse arba vykdant didesnius statybos projektus sunkumai labai dažnai yra pagrindas atmesti reikalavimą įvykdyti sutartį natūra. Teismų praktika išimčių daro tais atvejais, kai nepakankamai atsižvelgiama į ieškovo interesus dėl reikalavimo atlyginti nuostolius, kai statybos dėl planų ar brėžinių yra pakankamai aiškios ir kai, taip mano kiekvienu atveju Anglijos teismų praktika, atsakovas yra žemės sklypo, kuriame turi būti vykdoma statyba, savininkas; plg. *Wolverhampton Corp.* v. *Emmons* [1901] 1 K.B. 515; *Capenters' Estates, Ltd.* v. *Davies* [1940] Ch. 160. Amerikos teismų praktika, kuri, leisdama reikalavimą įvykdyti sutartį natūra, yra kilniaširdiškesnė, plg., pvz., *Fleischer v. James Dag Stores* 1 N.J. 138, 62 A 2d 383 (1948); *Gregson-Robinson Stores, Inc.* v. *Iris Construction Corp.* N.Y.S. 2d 133, 168 N.E. 2d 377 (1960); *Roberts v. Brewer* 371 S.W. 2d (Tex 1963). Atvejis, kuris ypač įspūdingai rodo, kaip Amerikos teismai svarsto tarp ieškovo intereso pasiekti sprendimą dėl sutarties įvykdymo ir sunkumų, kurie teismui kyla dėl to, kad vėliau turi būti tikrinama, ar atsakovas atitiko sprendimą, ar ne, yra *City Stores Co. v. Ammermann* 266 E. Sup. 766 (D.D.C. 1967) byla. Palyginkime ir 1981 metų *Restatement Contracts 2d* 366 str., ir *Linzer*, Col.L.Rev. 81 (1981) 111.

Reikalavimas dėl sutarties įvykdymo natūra yra neįmanomas, jeigu atsakovas, remdamasis sutartimi, privalo atlikti *tam tikrus veiksmus, nulemtus tarnybos santykių*. Tai motyvuojama tuo, kad atsakovas priešingu atveju verčiamas savotiškai vergijai, toliau (pragmatiškiau) tuo, kad tam tikri tarnybos santykių nulemti veiksmai, išgauti prievarta, tikriausiai yra abejotinos kokybės, pagaliau tuo, kad teismui būtų labai sunku nustatyti, ar priversti įvykdyti veiksmai neprieštarauja sutarčiai. Todėl, pavyzdžiui, dainininkė negali būti įpareigota koncertuoti pagal sutartį. Visgi ieškovui dažnai padedama tuo, kad dainininkei sutarties metu draudžiama koncertuoti ieškovo *konkurentui*. Toks sprendimas, kuriuo atsakovas įpareigojamas susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų atlikimo – *injunction*, gali būti paskelbtas tik esant dvigubai sąlygai: viena, iš sutarties turi kilti aiškus įsipareigojimas nekonkuruoti su sutarties šalimi; antra, sprendimas, kuriuo atsakovas įpareigojamas susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų, negali jam drausti vykdyti bet kokios kitos veiklos, nes priešingu atveju, kadangi nedarbas jam nėra prasminga alternatyva, jis būtų netiesiogiai priverstas vykdyti sutartį ieškovo naudai.

Palyginkime *Lumley v. Wagner* (1852) 1 De G.M. & G. 604, 64 Eng.Rep. 1209; *Whitwood Chemical Co. v. Hardman* [1891] 2 Ch. 416; *Mortimer v. Becket* [1920] 1 Ch. 571; *Warner Bros. v. Nelson* [1937] 1 K.B. 209; apie Amerikos teismų praktiką žr. *Corbin* 1204 str. ir kt.

Jei atsakovas įpareigojamas atlikti tam tikrus veiksmus, išskyrus pinigų mokėjimą, arba susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų atlikimo, teismui, jeigu atsakovas neįvykdo įsakymo atlikti tam tikrą veiksmą arba pažeidžia neatlikimo pareigą, atsiranda daugybė galimybių pasiekti sprendimo įvykdymą. Anglijoje specialios taisyklės, kaip apskritai ir visa procesinė teisė, užrašytos ne visaapimančiame proceso įstatyme, bet *Rules of the Supreme Court* (Aukščiausiojo Teismo taisyklėse), kurias pagal 1981 metų *Supreme Court Act* (Aukščiausiojo Teismo įstatymą) ir kituose straipsniuose numatytą įgaliojimą paruošia specialus komitetas *(Rule Committee)*, sudarytas iš teisingumo ministro, aukštų teisėjų ir advokatų.

Nuo seno Anglijos teisėjas prisiima sau (nerašytą) teisę, be daugelio kitų aplinkybių jo paskelbto sprendimo neįvykdymą traktuoti kaip *contempt of court* (nepagarbą teismui) ir skolininkui paskirti suėmimą arba piniginę baudą. Ši teisė yra pripažinta ir išsamiau sureguliuota minėtose Aukščiausiojo Teismo taisyklėse (plg. 45 įsakymą). Jei skolininkas įpareigotas grąžinti kilnojamą daiktą arba žemės sklypą, teisėjas teismo antstoliui paprastai *writ of delivery* (įsakymu dėl pristatymo) arba *writ of possession* (įsakymu dėl valdymo) nurodys iš skolininko atimti daiktą ir perduoti jį kreditoriui. Jei sprendimu numatyta mokėti pinigų sumą, nuo 1869 metų *Debtors Act* (Skolininko įstatymo) į laisvės atėmimą nebežiūrima kaip į priemonę paveikti skolininko valią. Bet visais kitais atvejais, ypač tada, kai skolininkas nepaisė sprendimo, kuris jį įpareigoja atlikti tam tikrą veiksmą ar nuo jo atsisakyti, dėl *contempt of court* (nepagarbos teismui) teismas jam gali taikyti laisvės atėmimą arba piniginę baudą. Be kita ko, teismas *writ of sequestration* (įsakymu dėl išieškojimo nukreipimo į skolininko turtą ir jo areštavimą) gali patvarkyti taip, kad skolininko turtas bus tiek ilgai areštuotas, *until the defendant shall clear his contempt.* Į akis krinta tai, kad leistinos bausmės dydis ir rūšis lygiai taip pat mažai aprašyti, kaip ir sąlygos, kurioms esant laikinai gali būti nutraukiama arba panaikinama teismo nutartis laisvės atėmimo bausmę skirti už teismo įsakymo neįvykdymą *(order of committal)*. Niekur nėra aiškios taisyklės, pagal kurią bausmė dėl nepagarbos teismui tik tada galima kaip *ultima ratio*, jeigu sprendimo įvykdymo negalima pasiekti kitu, mažiau radikaliu būdu. Galbūt aplinkybėje, kad akivaizdžiai kiekvienas sprendimas dėl sutarties įvykdymo skolininko nepaklusnumo atveju gali tuojau sukelti drastišką laisvės atėmimą arba piniginę baudą, slypi kita priežastis, kad bendrojoje teisėje teisėjas į reikalavimą įvykdyti sutartį natūra žiūri gana atsargiai.

Palyginkime apie tai minčių kupiną lyginamojo požiūrio Dawsono, ten pat, mokslinį veikalą. Jis taikliai kritikuoja įvairias teorijas, kurios bendrojoje teisėje apribojo reikalavimą dėl sutarties įvykdymo, ir supranta kaip trūkumą, kad angloamerikiečių teisėjas vykdymo procese disponuoja per daug didele vertinimo laisve: *Not only the initial decision whether or not to grant specific performance, and on what terms, but the choice and the severity of the sanctions imposed are all remitted to the judge's discretion. Particularly after studying the provisions of German law one is struck with our own failure to analyse and organize our system of sanctions. Instead of a carefully adjusted scale in which each mode of enforcement is assigned to its special task, we have almost no rules at all to regulate the choice or severity of sanctions* (ten pat, p. 533).

V.

Niekas negalės rimtai paprieštarauti nuomonei, jog mūsų nagrinėtose teisės sistemose į abu pirmiau pateiktus klausimus atsakoma gana skirtingai. Kontinente teismas iš esmės *visada* gali

priimti sprendimą, kuriuo įpareigotų atsakovą įvykdyti sutartį, o *Common Law* teisės sistemoje tai yra greičiau *išimtinė teismo teisė*. Tokio sprendimo įvykdymui kiekviena iš teisės sistemų siūlo savitas priemones, kurios iš esmės skiriasi.

Jeigu Vokietijos ir Prancūzijos teisėje reikalavimas įvykdyti sutartį apibrėžiamas kaip bendro pobūdžio sankcija, bendrojoje teisėje, priešingai, reikalavimas įvykdyti sutartį natūra traktuojamas kaip išimtinė aplinkybė. Žinoma, šis prieštaravimas, atidžiau panagrinėjus, netenka savo griežtumo. Viena, paaiškėjo, kad nors reikalavimas įvykdyti sutartį Vokietijoje suprantamas kaip svarbiausias ieškinys, praktikoje jis jau seniai nebeturi jam pradžioje priskirtos reikšmės, nes komercinė ir ūkinė apyvarta visur ten, kur skolingos paslaugos neatlikimas gali būti kompensuojamas pinigais, vengia daug laiko reikalaujančio, brangaus ir išvadoje abejotino sprendimo dėl sutarties įvykdymo rizikos ir stengiasi naudotis reikalavimu dėl nuostolių atlyginimo. Antra, atrodo, tarsi bendrojoje teisėje pamažu silpnėja paveldėta ir tik istoriškai paaiškinama dogma apie reikalavimo įvykdyti sutartį natūra išimtinį pobūdį. Tai ypač galioja Jungtinių Valstijų teisei. Pagal Corbiną nėra abejonės, *that the American courts have become progressively more liberal in the granting of this effective remedy and have become less astute in enforcing the requirement that the remedy in damages shall be inadequate* (1139 str.). Ir Anglijos teisės raida akivaizdžiai vyksta ta pačia kryptimi. Treitelis pagrįstai prieina prie išvados, kad skirtumas tarp bendrosios ir kontinentinės teisės

> is not as great as might appear. On the one hand specific enforceability in civil Law countries is subject to important exceptions; in particular, most of them observe the principle that obligations to render personal services cannot, in the last resort, be specifically enforced, orders for enforced performance of other obligations are sometimes more difficult to enforce than in common law countries; and, perhaps most important of all, an aggrieved contracting party will often preper to claim compensation in money, as that is generally a quicker and to that extent a better remedy. On the other hand, some of the restrictions on specific performance are beginning to disappear in common law countries, as their historical foundations are eroded. This is not to say that there are no differences at all between civil and common law systems, but they are less considerable than the starting theories of the two approaches might suggest (*Remedies for Breach of Contract*, p. 71).

1980 metų Jungtinių Tautų Vienos konvencija dėl tarptautinio prekių pirkimo ir pardavimo sutarčių šiuo klausimu parinko kompromisinį sprendimą. Viena, ji plačiai pripažįsta reikalavimus dėl sutarties įvykdymo: ne tik pardavėjas gali pareikšti ieškinį dėl prekių nupirkimo (62 str.); ir pirkėjas, jeigu pateikta nekokybiška prekė ir taip pažeidžiamos esminės sutarties sąlygos, gali pareikšti ieškinį dėl prekių kokybės trūkumo (46 str.). Ši situacija akivaizdžiai yra kitokia nei anksčiau pagal Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 25 straipsnį ir tada, jeigu *in casu* padengimo sandorio sudarymas buvo būdingas prekybai ir pirkėjui iš esmės įvykdomas. Bet 28 straipsniu šios nuostatos vėl labai nuvertinamos. Pagal jį teismas gali atsisakyti priimti sprendimą dėl įvykdymo, jeigu jis „veiktų pagal savo teisę to paties pobūdžio pirkimo ir pardavimo sutartyse, kurios nereglamentuojamos šio susitarimo“. Iš esmės tai reiškia, kad *Anglijos* teisėjas, užsiimantis tarptautine pirkimo ir pardavimo sutartimi, galėtų atmesti reikalavimą sutartį įvykdyti, nors kreipimosi į Prancūzijos teismą atveju esant tam pačiam santykiui ieškinys turėtų būti patenkintas. Jokios abejonės, kad ši nuostata tame susitarime yra akivaizdžiai neišvengiamas svetimkūnis.

Tiek *Principles of European Contract Law* (EP) (Europos sutarčių teisės principai), tiek UNIDROIT – *Principles for International Commercial Contracts* (UP) (Tarptautinių komercinių sutarčių principai) vadovaujamasi reikalavimo dėl sutarties įvykdymo leistinumu. Išimties atveju tokio reikalavimo nėra, jeigu jį įvykdyti dėl teisinių ar faktinių priežasčių yra neįmanoma arba tam reikia nepaprastų išlaidų, jeigu reikalaujama labai asmeninės paslaugos arba jeigu įvykdyti jį be didelių praktinių sunkumų gali kitas asmuo. Palyginkime Europos sutarčių teisės principų 4.102 straipsnį, UNIDROIT – Tarptautinių komercinių sutarčių principų 7.2.2 straipsnį.

Kalbant apie sprendimų, įpareigojančių įvykdyti sutartį, *vykdymo* priemones, reikia paminėti specifinį Prancūzijos *astreinte* institutą, kuris yra svetimas tiek Vokietijos teisei, tiek bendrajai teisei. Šio instituto egzistavimas tampa aiškus ir suprantamas tik atsižvelgus į istorinius bei sisteminius Prancūzijos teisės plėtojimosi aspektus, o ypač į tai, jog Prancūzijos įstatymų leidėjas Prancūzijos CK 1143–1144 straipsniuose ypač netinkamai sureguliavo sprendimų, kuriais atsakovas įpareigojamas atlikti tam tikrus veiksmus ar nuo jų susilaikyti, vykdymą. Lyginamosios teisės tyrinėtojo požiūriu *astreinte* atrodo kaip labiau abejotinos vertės institutas. Aplinkybė, kad *astreinte* suma patenka į kreditoriaus privatų turtą, privedė prie to, kad ši teisinė figūra Prancūzijos raidoje pasirodo tai labiau nuostolių atlyginimo, tai labiau asmeninės baudos pavidalu. Kuo labiau *astreinte* artėjo prie nuostolių atlyginimo, tuo mažesnė buvo jos, kaip prievartos instituto, praktinė reikšmė; kuo labiau ji turi veikti kaip asmeninė bausmė ir versti gerbti teismo sprendimą (tai akivaizdžiai nustatyta galiojančioje teisėje), tuo pagrįstesnis klausimas, kodėl kreditorius tokios rūšies bylose, remdamasis savo skolininko uždelsimu, gali paskirti ne tik nuostolių atlyginimą, bet ir, be kita ko, *astreinte*. Prancūzijos teisės požiūriu gali atsitikti, kad dėl galiojančio sprendimo įvykdymo privaloma susitaikyti su realiai nepagrįstu kreditoriaus praturtėjimu kaip mažesne blogybe (*Tunc*, ten pat, p. 404). Lyginamosios teisės tyrinėtojo nuomone, pranašesnis yra sprendimas, kuris piniginės baudos, atitenkančios valstybei, atskyrimo principą pritaiko tik ten, kur įvykdymas yra neįmanomas – ypač Vokietijos ir bendrojoje teisėje.

36. SUTARTIES PAŽEIDIMAS

Borricand, La clause résolutoire expresse dans les contrats, Rev.trim.civ. 55 (1957) 433; v. *Caemmerer*, Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, NJW 1956, 569; *to paties autoriaus*, Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts, AcP 178 (1978) 121; *to paties autoriaus*, Die wesentliche Vertragsverletzung im internationalen Einheitlichen Kaufrecht, jubiliejinis leidinys Coing II (1982) 33; *to paties autoriaus*, Vertragspflichten und Vertragsgültigkeit im internationalen Einheitlichen Kaufrecht, jubiliejinis leidinys Beitzke (1979) 35; *Constantinesco*, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (1960); *Devlin*, The Traetment of Breach of Contract, Camb.L.J. 1966, 192; *Esmein*, L'obligation et la responsabilité contractuelles, Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert, II tomas (1950) 101; *Farnsworth*, Legal Remedies for Breach of Contract, Col.L.Rev. 70 (1970) 1145; *Huber*, Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, jubiliejinis leidinys v. Caemmerer (1978) 837; *to paties autoriaus*; Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts

nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes?, atspausdinta: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (leidėjas: Vokietijos teisingumo ministerija, 1981) 647; *to paties autoriaus*, Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht (1991); *Jorgensen*, Die skandinavische Lehre der Vertragsverletzung, jubiliejinis leidinys Larenz (1973) 549; *Kötz*, Empfiehlt sich die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?, Verh. DJT 60 (1994) K 9; *Landfermann*, Die Auflösung des Vertrages nach richterlichem Ermessen als Rechtsfolge der Nichterfüllung im französischen Recht (1968); *Lawson*, Fault and Contract, A Few Comparisons, Tul.L.Rev. 49 (1975) 295; *Nicholas*, Fault and Breach of Contract, atspausdinta: Good Faith and Fault in Contract Law (leidėjas: Beatson/Friedmann 1995) 337; *Rabel*, Die Unmöglichkeit der Leistung, jubiliejinis leidinys, skirtas Bekkeriui (1907) 171; atspausdinta: Rabel, Rinktiniai straipsniai, I tomas (1965) 1; *to paties autoriaus*, Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, RheinZ 3 (1911) 467; atspausdinta: *Rabel*, Rinktiniai straipsniai, I tomas (1965) 56; *to paties autoriaus*, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, jubiliejinis leidinys, skirtas Austrijos CK šimtmečiui, II tomas (1911) 821; atspausdinta: *Rabel*, Rinktiniai straipsniai, I tomas (1965) 79; *to paties autoriaus*, Das Recht des Warenkaufs, I tomas (1936, nepakeistas naujas leidinys 1957), II tomas (1958); *to paties autoriaus*; Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge im allgemeinen, Deutsche Landesreferate zum internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Haag (1932) 28 ir kt.; atspausdinta: *Rabel*, Rinktiniai straipsniai, III tomas (1967) 119 ir kt.; *to paties autoriaus*, Zu den allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge, jubiliejinis leidinys, skirtas Dolenc ir kitiems (Ljubljana 1937) 703; atspausdinta: *Rabel*, Rinktiniai raštai, III tomas (1967) 138 ir kt.; *Reu*, Die Unmöglichkeit der Leistung im angloamerikanischen Recht (1935); *Rheinstein*; Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im angloamerikanischen Recht (1932); *Rodiere*, Une notion menacee: La faute ordinaire dans les contrats, Rev.trim.civ. 52 (1954) 201; *Schlechtriem*, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZeuP 1993; 217; *Heinrich Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen (1936); *Tallon*, L'inexécution du contrat: pour une autre présentation, Rev.trim.civ. 93 (1994) 223; *Treitel*, Remedies for Breach of Contract, Int.Enc.Comp.L.Vol. VII Ch. 16 (1976); *to paties autoriaus*, Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account (1988); *Tunc*, Force majeure at absence de faute en matière contractuelle, Rev.trim.civ. 43 (1945) 235; *Zweigert*, Aspects of the German Law of Sale: Some Comparatives Aspects of the Law Relating to Sale of Goods, Int.Comp.L.Q. 13 (1964) Suppl.1.

I.

Jeigu pardavėjas nepristato nupirkto daikto arba namo nuomotojas sutartu laiku neperduoda nuomininkui išnuomoto namo, galima ne tik, kaip buvo minėta ankstesniame skyriuje, pateikti klausimą, kokioms sąlygoms esant pirkėjas arba nuomininkas gali pateikti atitinkamą ieškinį teismui dėl sutarties įvykdymo? Kai parduotas daiktas yra sugadintas arba išnuomotas namas sudegė, pirkėjui bei nuomininkui kyla klausimas, ar sutartis po šių įvykių dar galioja, o gal jie turi teisę reikalauti grąžinti sumokėtą sumą ir atlyginti patirtus nuostolius? Tokių pat klausimų kyla ir tuo atveju, jeigu parduodamas daiktas arba nuomojamas namas egzistuoja, tačiau pardavėjas arba nuomininkas delsia pristatyti prekę arba perduoti namą, arba jie pa-

reiškia, kad atsirado nenumatytų kliūčių, kurios apsunkino sutartinį įsipareigojimą ar padarė jį neįmanomą. Pagaliau tie patys klausimai kyla ir tada, jeigu pirkėjas nors prekes ir gavo, nuomininkas į namą įsikėlė, tačiau nupirktas daiktas negali būti naudojamas pagal paskirtį, namas dėl nesandaraus stogo ar sugadinto šildymo negali būti gyvenamas. Pagaliau įmanoma, kad sutartinis įsipareigojimas įvykdytas be klaidų, tačiau pardavėjas arba nuomininkas pažeidė kitas pareigas, kurios iš sutarties tiesiogiai neišplaukia, tačiau turi būti įgyvendintos, kad sutartis būtų tinkamai įvykdyta. Klausimas, ar pirkėjas arba nuomininkas dar turi reikalavimų dėl sutarties įvykdymo natūra, šiais atvejais dažnai yra beprasmis ir dažniausiai praktikoje nebeįdomus. Šiuo atveju, priešingai, pirkėjas ir nuomininkas paprastai nori žinoti, ar esant nurodytoms aplinkybėms sutartis dar galioja, ar nuo jos atsisakyti ir kaip, ir ar jie gali reikalauti atlyginti nuostolius.

Visiems minėtiems atvejams bendra yra tai, kad vykdant sutartinius įsipareigojimus visur atsiranda nenumatytų kliūčių, kadangi viena iš sutarties šalių dėl kažkokių priežasčių nevykdo savo sutartinių įsipareigojimų ar juos vykdo nevisiškai, nelaiku, netinkamoje vietoje arba kitu netinkamu būdu. Jeigu visas šias aplinkybes apibendrintume sąvoka „sutarties pažeidimas“, šiuo išsireiškimu turimas omenyje atvejis, kuriame iš tiesų atliktas veiksmas kažkokia forma neatitinka sutartinio. Žinoma, yra išimčių, kurioms esant sutarties šalis už šį trūkumą neprivalo atsakyti, ir galima paprieštarauti, kad šiais atvejais vargu ar gali būti kalbama apie sutarties „pažeidimą“. Tačiau mes labiau teikiame pirmenybę „sutarties pažeidimui“ negu „nevykdymui“; ši sąvoka plastiškesnė, daugeliui teisinių sistemų žinoma ta pačia reikšme; ji taikliai įtraukia nuostatą, kurioje skolininkas privalo atsakyti už sutarties nevykdymą.

II.

Vokietijos civilinis kodeksas nesivadovauja vieninga sutarties pažeidimo sąvoka. Jis nekelia bendro klausimo, kokias teises įgyja sutarties šalis, kurios atžvilgiu nėra įvykdyti sutartiniai įsipareigojimai. Priešingai, savo labai detalizuotose taisyklėse jis pirmiausia aptaria vienintelį atvejį, kuriame sutarties nevykdymas vadovaujasi tuo, kad kontrahentui paslauga yra *neįmanoma;* kartu jis žino atvejį, kuriame kontrahentas sutartinį įsipareigojimą (kai kuriais atvejais visada) atlieka ne laiku *(delsimas).*

1. Negalimumas

Remiantis XIX a. išplėtota Mommseno ir Windscheido doktrina, civilinis kodeksas vadovaujasi, kaip jie manė, romėnų principu, kad sutartis yra niekinė, jeigu jau sudarymo momentu aišku, kad sutartinio įsipareigojimo neįmanoma įvykdyti *(impossibilium nulla obligatio),* Vokietijos CK 306 str.; palyginkime ir Šveicarijos PK 20 str., ir Austrijos CK 878 straipsnį. Šį rezultatą įstatymas bando sušvelninti tuo, kad įpareigoja tą sutarties šalį, kuri žinojo arba turėjo žinoti apie pradinį negalimumą, kitai nekaltai šaliai atlyginti žalą, atsiradusią jai pasitikint sutarties galiojimu (Vokietijos CK 307 str.). Išimtį Vokietijos CK 306 straipsniui sudaro atvejis, kuriuo *reikalavimas* parduodamas: jei iš tiesų parduotas reikalavimas neegzistuoja, taigi pirkimo ir pardavimo sutarties niekas negali įvykdyti, pirkimo ir pardavimo sutartis, nepaisant Vokietijos CK 306 straipsnio, galioja, ir pardavėjas pirkėjui atsako sutarties įvykdymo interesais (Vokietijos CK 437 str.).

Kad ši Vokietijos CK 436 straipsnio taisyklė politiniu požiūriu absoliučiai nenusisekusi ir todėl yra ribojamai interpretuojama, šiandien neginčijama.

Jei architektas asmeniui, finansuojančiam statybą, pažada, kad jo vadovaujamas ir prižiūrimas namo perstatymas gali būti atliktas už tam tikrą kainą, sutartį galima aiškinti taip, kad architektas tuo įsipareigojo galimą perviršį padengti iš savo kišenės. Sutartis pagal Vokietijos CK 306 straipsnį nėra niekinė, jeigu bus įrodyta, kad pažadėta kaina niekas pasaulyje negali įvykdyti pertvarkymo (plg. RG SeuffA 75 Nr. 9). Todėl teismų praktika, kai pagal sutarties prasmę įsipareigojimo galimybės riziką perima viena iš sutarties šalių, operuoja „garantijos perėmimo“ sąvoka ir taip pasiekia sutarties galiojimo, ir visiška atsakomybe neįvykdžius sutarties. Hamburgo Aukščiausiasis žemės teismas priėmė sprendimą dėl vienos bylos, kurioje buvo parduota 1000 dėžių Kanarų bulvių *schwimmend Dampfer „Thekla Bohlen“*. Atvykus į Hamburgą paaiškėjo, kad į garlaivį iš tiesų buvo pakrauta tik 106 dėžės. Teismas darė prielaidą, kad pardavėjas turi atlyginti nuostolius dėl sutarties nevykdymo: pateiktas individualiais požymiais apibrėžtas pirkinys, kadangi sutartyje pasakyta, kad parduodama konkreti prekių partija. Sutartyje nurodytos partijos pristatymas yra neįmanomas, kadangi sutarties sudarymo metu jos garlaivyje nebuvo. Tačiau pirkėjas turi atsakyti, „nes apyvarta parduodant prekes, kurios apibrėžtos kaip prekės, pervežamos vandens keliu, įžvelgia privalomą pardavėjo pareiškimą, kad partija minėtame garlaivyje pakrauta, taigi įvyksta garantijos perėmimas“ (SeuffA 65 Nr. 160).

Nors teismų praktika garantijos perėmimu sugeba visiškai išvengti nepageidaujamų Vokietijos CK 306 straipsnio pasekmių, tačiau tai iš esmės nekeičia padėties, kadangi netikusi išeities pozicija negalimumo teorijoje privertė imtis daugybės kitų dirbtinių priemonių. Taip Vokietijos civilinio kodekso 306 straipsnyje apibrėžtas „pradinis negalimumas“ *de lege lata* turi būti atskiriamas nuo „pradinio nemokumo“, kuriam esant pažadėto įsipareigojimo neįmanoma įvykdyti nors ir ne kiekvienam asmeniui pasaulyje, tačiau pažado davėjui – bet kokiu atveju. Šiuo atveju teismų praktika ir vyraujanti teorija vadovaujasi tuo, kad sudarydamas sutartį skolininkas nuolat perima garantiją už savo įsipareigojimų įvykdymą; todėl jis, neatsižvelgdamas į kaltę, įsipareigoja kitai sutarties šaliai atlyginti nuostolius, jei išaiškėja, kad sutarties sudarymo momentu jis iš tiesų negalėjo įvykdyti sutarties. Žinoma, ir ši teorija eina per toli, jei siekia būti taikoma *visiems* pradinio nemokumo atvejams. Lygiai kaip ir esant pradiniam negalimumui, iš esmės šiuo atveju tai priklauso nuo to, kuriai sutarties šaliai pagal sąžiningos komercinės ir ūkinės apyvartos supratimą atitenka įsipareigojimo nemokumo rizika. Viešpataujantis požiūris beveik visada pasiekia teisingą išvadą, bet tik todėl, kad sutarties šalies pusėje iškylančios įsipareigojimų kliūtys paprastai yra priskirtos jai ir todėl skolinininko garantijos perėmimas paprastai yra tinkamas.

Čia pirmiausia priskiriamas atvejis, kuriame nuosavybė į parduotą daiktą pardavėjui sutarties sudarymo metu nepriklauso ir todėl jis negali jo perduoti pirkėjo nuosavybėn (BGH NJW 1960, 720; WM 1972, 656). Ne visai vienareikšmiška yra situacija, kai pardavėjui nežinant parduodamas daiktas jau prieš sutarties sudarymą buvo pavogtas. Imperijos teismas šiuo atveju matė pradinį negalimumą ir pagal Vokietijos CK 306 straipsnį pirkimo ir pardavimo sutartį paskelbė niekine (RGZ 105, 349). Šia nuomone nereikia vadovautis ne tik todėl, kad pardavėjas ir vagis, bendrai veikdami, pirkėją teoriškai dar gali padaryti savininku ir valdytoju, todėl įsipareigojimas nėra „objektyviai neįmanomas“, bet ir todėl, kad Vokietijos CK 306

straipsnis *de lege lata* yra siaurai aiškinamas ir, šiaip ar taip, nenaudojamas tuo atveju, kai individualiais požymiais apibrėžtas daiktas dar yra *in mundo*. Jei turime pradinį nemokumą, pardavėjas nėra įpareigotas atlyginti nuostolius dėl sutarties vykdymo. Kai pardavėjas yra paprastas fizinis asmuo, menininkui pardavęs vertingą smuiką, byla, jeigu smuikas sutarties sudarymo metu dalyviams nežinant buvo pavogtas, gali būti sprendžiama kitaip, nei tuo atveju, kai pardavėjas yra importuotojas ir jo pardavimo objektas yra kava, kuri sutarties sudarymo metu, manoma, yra sandėlyje Santose, o iš tiesų yra pavogta. Pastaruoju atveju atstovaujama *pardavėjo* komercinės ir ūkinės apyvartos interesams, kai prekės (be jo kaltės) nebėra sutartyje nurodytoje vietoje. Parduodamo smuiko atveju, priešingai, būtų teisinga, jeigu pardavėjui būtų norima pareikšti reikalavimą dėl sutarties įvykdymo.

Tarp kliūčių, kurios sutarties įvykdymą daro negalimą, Vokietijos civilinis kodeksas skiria „pradinį" negalimumą, esantį jau sutarties sudarymo metu, nuo „paskesnio", atsiradusio tik po sutarties sudarymo. Esant paskesniam negalimumui, kitaip nei esant pradiniam, nepriklauso nuo to, ar negalimas atsiradimas priskiriamas kiekvienai šaliai, ar tik skolininkui. Priešingai, šiuo atveju lemiama yra tai, kas *atstovauja* kliūties šaltiniui. Jei tai yra skolininkas, jis atsako už nuostolių atlyginimą (Vokietijos CK 280, 325 str.). Jei įsipareigojimo kliūčiai, priešingai, atstovauja *kreditorius*, skolininkas yra laisvas ir esant tam tikroms sąlygoms net gali reikalauti priešpriešinio patenkinimo (Vokietijos CK 275, 324 str.). Jei įsipareigojimo kliūčiai neatstovauja jokia sutarties šalis, nuo įsipareigojimų laisvos abi šalys (Vokietijos CK 275, 323 str., Šveicarijos PK 119 str.). Visais šiais atvejais galioja bendra – iš *pacta sunt servanta* (sutarčių reikia laikytis) principo kildinama tezė, kad skolininkas, kuris neatlieka sutartinio įsipareigojimo, atsako tol, kol neįrodo, kad įsipareigojimo kliūčiai atstovavo ne jis (Vokietijos CK 282 str.).

Kiekviena sutarties šalis privalo atsakyti, jeigu įsipareigojimų įvykdymo kliūtys atsiranda dėl to, kad ji ar jos pagalbiniai asmenys veikė nesilaikydami reikalaujamo rūpestingumo (Vokietijos CK 276, 278 str., Šveicarijos PK 99, 101 str.). Kai, pvz., prekiautojo dailės kūriniais padėjėjas parduodamą paveikslą išsiunčiant sugadina, pirkėjas gali reikalauti atlyginti nuostolius dėl sutarties nevykdymo, išskyrus atvejus, kai prekiautojas įrodo, jog nei jis pats, nei jo padėjėjas nekaltas dėl nerūpestingumo. Jei tai įrodoma, abi šalys laisvos nuo įsipareigojimų: nei prekiautojas meno kūriniais negali reikalauti pirkimo kainos, nei pirkėjas – atlyginti nuostolius; kitaip bus tuo atveju, jeigu pirkėjas iš prekiautojo reikalauja *stellvertretende commodum*, taigi, pvz., draudimo sumos, kuri prekiautojui atiteko vietoje paveikslo (Vokietijos CK 281 str. ir BGE 43 II 234).

Pateikiame keletą pavyzdžių, kai viena iš sutarties šalių neatstovauja negalimumui, pvz., kai išnuomotas butas nuomos metu sudega, nors nėra nė vienos šalies kaltės (RG JW 1905, 718), arba jeigu išsinuomojus kavinę nuomos sutarties metu uždraudžiama šokti (RGZ 89, 203), arba jeigu projektavimo sutartis dėl viešo teisinio draudimo statyti tampa neįvykdoma (BGH LM 275 str.). Paskutiniais dviem atvejais šalies teisė reikalauti pratęsti sutartį priklauso nuo to, ar sutarties šalys gali tikėtis, jog draudimas šokti ar statyti bus panaikintas.

Principas, kad skolininkas privalo atstovauti tik tokioms įsipareigojimų kliūtims, kurios remiasi jo kalte, Vokietijos CK 279 straipsnio nuostata iš esmės apribojamas. Jei skolingas daiktas apibrėžiamas tik rūšiniais požymiais, skolininkas savo negalimumui įvykdyti įsipareigoji-

mus privalo atstovauti ir tada, jeigu jam arba jo žmonėms negali būti daroma jokio priekaišto. Jei, pavyzdžiui, nustatytą dieną reikia pristatyti tam tikros kokybės kakavos kiekį, o pardavėjas dėl gamybos sutrikimų ar streiko savo įmonėje to nesugeba padaryti arba jam pačiam nelaiku pristato, jis turi atlyginti nuostolius dėl sutarties nevykdymo net jeigu aišku, kad jo kaltės dėl įsipareigojimo neįvykdymo ir nėra. Šią griežtą atsakomybę šalina „streikų bei karo" išlygos, taip pat išlygos dėl galimybės pačiam pasirūpinti tiekimu. Pardavėjas tik tokiu atveju ir be atleidimo nuo atsakomybės už neatsargų įsipareigojimų pažeidimą bus atleistas nuo įsipareigojimo įvykdymo, jeigu rūšis, iš kurios turi būti pristatyti parduodami egzemplioriai, žūsta.

Pardavėjas atleidžiamas nuo atsakomybės ir tais atvejais, jeigu parduodamos rūšies vienetai fizine prasme egzistuoja, tačiau juos pristatyti dėl užsienio valstybės paskirto draudimo prekiauti su priešu (RGZ 93, 182) arba dėl institucijų duoto nurodymo prievarta pristatyti visą rūšį valstybės kontroliuojamai pardavimo organizacijai (RGZ 95, 20) arba dėl beprasmio arešto (RGZ 88, 287) yra neįmanoma. Jei prekiautojas 1914 m. pradžioje pardavė miežius alui, kuriuos turi pristatyti 1914 gruodžio–1915 sausio mėnesiais, bet jų negali pristatyti, nes 1914 metų gruodžio 19 dieną vyriausybė nustato aukščiausią kainą už miežius alui, ir miežių gamintojai, atsižvelgdami į tai, nutraukia tiekimą, prekiautojas, priešingai, turi atlyginti nuostolius. Jis turėjo tikėtis, kad institucijų priimtomis priemonėmis prekyba miežiais gali būti apribota, ypač nustatyta aukščiausia kaina: „Kas esant tokiems santykiams nesaugiu karo metu parduoda tos rūšies prekes, privalo jas valdyti arba naudoti taip, kad prekes bet kuriuo metu galėtų paimti ir įvykdyti savo įsipareigojimus. Jeigu jis pasikliauja prievolės užtikrinimo sutartimi su trečiaisiais asmenimis, apie kuriuos jis nebūtinai žino, kad jie gali valdyti, pristatyti prekes ir yra visiškai patikimi, tai jis atlieka savo rizika, ir apskritai negali daugiau remtis įsipareigojimo, kuriam jis neprivalo atstovauti, negalimumu" (RGZ 93, 17).

Todėl įstatymų leidėjas Vokietijos CK 279 straipsnyje iš esmės pripažino komercinės ir ūkinės apyvartos taisyklę, kad kiekvienas, kuris įsipareigoja pateikti rūšiniais požymiais apibrėžtus daiktus, kartu garantuoja, kad (sutartu laiku) jis galės šių prekių parūpinti.

Žinoma, sutarties aiškinimu išsprendžiama, ar skolos turinį iš tiesų sudaro rūšiniais požymiais apibrėžti daiktai. Jei viešbutis iš pieninės kasdien pirko tam tikrą pieno kiekį, pieninė, nutrūkus jo gamybai dėl gedimo, reikiamą kiekį turėtų pirkti kitur ir pristatyti viešbučiui. Tačiau jei valstietis įsipareigojo kasdien pasiūlyti tam tikrą kiekį pieno, savo įsipareigojimo jis gali nevykdyti, jeigu jo bandai gyvulių epidemija padarė daug nuostolių: šiuo atveju pagal sutartį gali būti daroma prielaida, kad valstietis įsipareigojo pristatyti tik tokį pieną, kuris būtų pagamintas jo ūkyje („rūšimi apribota skola", plg. RGZ 91, 312 ir BGE 57 II 110).

Po Pirmojo pasaulinio karo paveikto didžiulio kainų augimo Vokietijos teismų praktika išplėtojo teoriją, kuria skolininkas pagal Vokietijos CK 279 straipsnį išimties tvarka atleidžiamas nuo įsipareigojimų, jeigu sutarties įvykdymas nėra neįmanomas, tačiau dėl nenumatyto valiutos kurso kritimo arba dėl įstatymų pakeitimo, arba politinių santykių susijęs su nepaprastais „viršįsipareigojančiais" sunkumais. Šie atvejai atskirai nagrinėjami skirsnyje apie atleidimą nuo atsakomybės pasikeitus aplinkybėms (37 str.).

2. Uždelsimas

Jei pažadėtą įsipareigojimą galima įvykdyti, tačiau skolininkas jį įvykdo po tam tikro laiko, kyla klausimas, kokioms sąlygoms esant kreditorius gali reikalauti atlyginti dėl delsimo susidariusius nuostolius arba nutraukti sutartį ar atsisakyti priimti pavėluotą sutarties įvykdymą.

Reikalavimui dėl žalos, padarytos uždelsimu, atlyginimo Vokietijoje daroma prielaida, kad skolininkas „uždelsia". Būtina, kad prasidėjus uždelsimui kreditorius *įspėtų* skolininką; uždelsimas gali būti motyvuojamas tik tuo, kad skolininkas įsipareigojimą įvykdyti uždelsė dėl aplinkybės, kuriai jis, pagal ką tik išdėstytas nuostatas, „neprivalo atstovauti" (Vokietijos CK 284 str. ir kt.). Šveicarijoje skolininko uždelsimas, kartu ir įsipareigojimas sumokėti uždelsimo procentus, prasideda tik po įspėjimo, tačiau neatsižvelgiant į jo kaltę; iš jo reikalaujama atlyginti nuostolius ir tada, jeigu jis negali įrodyti, kad dėl uždelsimo yra nekaltas (Šveicarijos PK 102 str. ir kt.; tas pat galioja Austrijoje, plg. OGH 1954 12 29, SZ 27, Nr. 334).

Uždelsimas prasideda be įspėjimo, jeigu sutartyje laikas įsipareigojimui įvykdyti yra nustatytas arba gali būti nustatomas pagal kalendorių (*dies interpellat pro homine*, Vokietijos CK 284 str. 2 d., Šveicarijos PK 102 str. 2 d.); pagal teismų praktiką tai galioja ir tada, jeigu iš sutarties yra aišku, kad įvykdymo laikas labai svarbu (plg. BGH NJW 1959, 933).

Pavėluotas sutarties įvykdymas kreditoriui suteikia teisę reikalauti atlyginti uždelsimu padarytą žalą, tačiau iš esmės nesuteikia jam teisės atsisakyti priimti tokį (pavėluotą) sutarties įvykdymą. Kreditorius gali atsisakyti sutarties arba reikalauti atlyginti nuostolius dėl sutarties nevykdymo tik tada, jeigu skolininkui, vėluojančiam įvykdyti sutartį, jis paskiria protingą terminą sutarčiai įvykdyti, tačiau sutartis nėra įvykdoma ir per šį terminą (Vokietijos CK 326 str., Austrijos CK 918 str., Šveicarijos PK 107 str.). Įspėjimas ir termino pratęsimo paskyrimas gali būti susiję (RGZ 93, 180); per trumpas termino pratęsimas nulemia protingo termino nustatymą (RGZ 106, 90, OGH 1951 12 5, SZ 24 Nr. 332). Tokio termino paskyrimas nėra būtinas, jeigu kreditorius nėra suinteresuotas vėlesniu sutarties įvykdymu, kaip, pavyzdžiui, pavėluotu sezoninių prekių pristatymu (Vokietijos CK 326 str. 2 d., Šveicarijos PK 101 str. 2 d.). Termino pratęsimas, lygiai kaip ir įspėjimas, nebūtinas, jeigu iš sutarties aiškinimo ar sandorio prigimties išplaukia, kad toks terminas nėra įmanomas, pavyzdžiui, pirkimams iš užjūrio, kuriuose susitarta dėl iškrovimo ir pristatymo sąlygų (RGZ 71, 308; BGH MDR 1955, 343). Pagaliau nereikia nei įspėjimo, nei termino pratęsimo, jeigu yra „terminuotas sandoris", t.y. kai susitarta dėl konkretaus įvykdymo laiko, ir teisėjas iš sutarties teksto arba iš aplinkybių gali suprasti, kad pagal šalių valią sandoris turi būti „įvykdytas" tik laiku (RGZ 108, 58). Jei kuri nors iš šalių sudarė terminuotą sandorį, tai praleidus įsipareigojimo vykdymo terminą sutarties besilaikanti šalis nuo jo gali tuojau pat atsisakyti arba, jeigu kita šalis kalta dėl uždelsimo, reikalauti atlyginti nuostolius; reikalavimo dėl sutarties įvykdymo, priešingai, ji nebeturi, nebent po termino praėjimo ji aiškiai reikalautų įvykdyti sutartį (Prekybos kodekso 376 str.; plg. taip pat Šveicarijos PK 108 str. Nr.3, 190 ir BGE 54 II 31).

Svarbu, kad pagal Vokietijos CK 326 straipsnį teisės kreditoriui priklausytų tik tada, jeigu skolininkas uždelsia įvykdyti *pagrindinę pareigą*. Pagrindinių ir antraeilių pareigų atskyrimas vėlgi yra sutarties aiškinimo dalykas. Pavyzdžiui, pirkimo ir pardavimo sutartyje *pardavėjo* įsipareigojimas pristatyti parduotus daiktus yra pagrindinė pareiga. Jei *pirkėjas,* priešingai, delsia pirkti jam siūlomas prekes, pardavėjas gali reikalauti jo atlyginti nuostolius dėl uždelsimo, bet ne po termino pratęsimo atsisakyti sutarties (Vokietijos CK 326 str.) ar reikalauti atlyginti

nuostolius, susidariusius dėl sutarties nevykdymo. Tiesa, visiškai kitaip bus tuo atveju, jeigu pardavėjo interesas dėl pirkimo yra neatidėliotinas: pavyzdžiui, parduodant namą nugriovimui arba plataus vartojimo prekes, kurios pavėluoto pirkimo atveju perkrautų pardavėjo sandėlį. Jei pardavėjas jau pristatė prekes, jam, be kita ko, gali priklausyti pagrindinė pareiga – parūpinti lydinčiuosius dokumentus: automobilio pirkėjas gali pareikalauti teisių pagal Vokietijos CK 326 straipsnį, jeigu pardavėjas automobilį jau pristatė, bet užlaiko techninio paso perdavimą (BGH NJW 1953, 1347; lygiai taip pat, nors ir naudojant kitus teisinius techninius svetimos kalbos žodžius, *Bentworth Finance, Ltd. v. Lubert* [1967] 2 All. E.R. 810).

Jei skolininkas jau prieš jo įsipareigojimų įvykdymo nustatytą laiką kreditoriui nedviprasmiškai leido suprasti, kad jis neketina sutarties vykdyti, kita šalis gali tuojau pat, ir prieš įsipareigojimų įvykdymą, remdamasi Vokietijos CK 326 str., reikalauti įgyvendinti jai priklausančias teises, ir tam nereikia ypatingo įspėjimo ar termino pratęsimo (RGz 67, 317; BGH NJW 1976, 326; Šveicarijos PK 108 str. Nr.1). Teismų praktika ir literatūroje vyraujanti nuomonė tai pagrindė tuo, kad skolininko vengime vykdyti sutartį slypi „teigiamas reikalavimo pažeidimas", todėl esant tam tikroms sąlygoms kreditorius be įspėjimo ar termino pratęsimo turi teisę atsisakyti sutarties ar reikalauti atlyginti nuostolius. Su Rabeliu (Recht des Warenkaufs, I tomas, p. 382 ir kt.) šią teismų praktiką geriau paaiškinsime prielaida, kad šiuo atveju kalbama ne apie kaltą sutarties pažeidimą, ir skolininkas, priešingai, privalo laikytis savo pareikšto vengimo įvykdyti sutartį ir kartu iš kitos sutarties šalies „reikalauti ištesėti duotą žodį". Plg. *Leser,* Die Erfüllungsverweigerung, jubiliejinis leidinys, skirtas Maxui Rheinsteinui II (1969) 643, su kitais patvirtinimais.

3. Pozityvus prievolės pažeidimas

Vokietijos CK, lygiai kaip ir Šveicarijos prievolių kodeksas, vadovaujasi tuo, kad teisėjas įsipareigojimų, kylančių iš prievolinių teisinių santykių, pažeidimo atveju teisiškai gali nustatyti tik vieną iš diagnozių, kai kalbama arba apie įsipareigojimo *negalimumą* (Prievolių kodeksas kalba apie „įvykdymo neišvengiamumą"), arba apie *uždelsimą* („negatyvų" sutarties pažeidimą). Ši pozicija pasirodė netikusi. Skolininkas įsipareigoja tam tikrą veiksmą ne tik apskritai atlikti, bet jis tai privalo atlikti *laiku.* Remiantis prievoliniais teisiniais santykiais, jam gali priklausyti kiti įsipareigojimai, kurių neįvykdymas neapibrėžiamas nei kaip „įsipareigojimo negalimumas", nei kaip „uždelsimas", tačiau už kuriuos jis po per ilgą laiką susiformavusios teismų praktikos atsako vadinamojo „pozityvaus prievolės pažeidimo" prasme. Jei, pavyzdžiui, pardavėjas, nesilaikydamas sutarties sąlygų, trečiajam asmeniui pristato tas pačias prekes arba jeigu užsakovas sulaiko informaciją, kuri įmonininkui būtina gaminio gamybai, tais atvejais sutarties besilaikanti šalis iš kitos šalies gali reikalauti atlyginti nuostolius, kurie jai atsirado iš pareigos pažeidimo; kartu ji gali reikalauti įvykdyti sutartį. Jei kitos šalies pareigos pažeidimu sutarties tikslui pavojus yra keliamas tiek, kad sutartį vykdanti šalis pagal bylos aplinkybes negali reikalauti pratęsti sutartį ar ypač prisidėti prie jai priklausomo priešpriešinio patenkinimo, pagal Vokietijos CK 325 ir 326 straipsnius savo pasirinkimu ji turi teisę, ir tam nereikia termino pratęsimo, reikalauti atlyginti nuostolius dėl visos sutarties nevykdymo arba atsisakyti sutarties.

Jei, pvz., sutarties šalis pagal užsakomąją sutartį kitai šaliai užjūrio uoste laiku pristato garlaivį, tačiau pastaroji delsia garlaivį pakrauti ir šiaip kelia susirūpinimą, kad ji negali tinkamai įvykdyti už-

sakomosios sutarties, pirmoji sutarties šalis, esant neterminuotam atsisakymui, gali atsiimti garlaivį ir reikalauti atlyginti nuostolius dėl užsakomosios sutarties neįvykdymo (RGZ 11, 80). Tokios pat nuomonės yra teismų praktika, kaip jau paminėta, užbėgant už akių nesutikimo įvykdyti sutartį atvejais.

„Pozityviu prievolės pažeidimu“ teismų praktika operuoja ir tais atvejais, kai kaltais veiksmais pažeidžiama pareiga rūpestingai vykdyti sutartį ir dėl to vienai šaliai atsiranda asmeninė arba daiktinė žala. Jei, pvz., svečias paslysta ant viešbučio laiptų ar turistas vežamas taksi sužeidžiamas dėl kelių eismo nelaimingo atsitikimo, asmenys, kuriems padaryta žala, iš viešbučio ar taksi įmonės gali reikalauti atlyginti nuostolius dėl *pozityvaus prievolės pažeidimo.* Taip pat bus sprendžiamas klausimas dėl žalos, padarytos netinkamu gydymu; ir kirpėjos klientės, kurios plaukai dėl kirpėjos nerūpestingumo nudegė po plaukų džiovintuvu, reikalavimas patenka į šią grupę (RGZ 148; 148; plg. ir BGHZ 8, 239 ir 27, 236).

Abejotina, ar šiais atvejais asmuo, kuriam padaroma žala, turi įrodinėti, kad žalą sukėlė neteisėti ir kalti kitos šalies veiksmai, ar priešingai – kita sutarties šalis privalo pateikti įrodymus, kad ji elgėsi pakankamai rūpestingai. Teismų praktika orientuojasi į tai, kuri iš sutarties šalių pagal sutarties esmę atsakinga už pavojų, iš kurio pagal bylos situaciją kyla nelaimingas atsitikimas. Paprastai tai yra atsakovas, nes nelaimingi atsitikimai, apie kuriuos šiuo metu kalbame, paprastai kyla iš jo veiklos srities, į kurią pateko ieškovas lipant viešbučio laiptais, įsėdant į taksi, duodant sutikimą operacijai. Palyginkime *Hans Stoll*, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, jubiliejinis leidinys, skirtas Fritzui v. Hippeliui (1967) 517.

Reikalavimai atlyginti nuostolius dėl *pozityvaus prievolės pažeidimo* gali priklausyti ir pirkėjui, kuriam buvo pristatytos nekokybiškos prekės. Tai jokiu būdu nėra savaime suprantamas dalykas, nes būtent šis atvejis Vokietijos CK 459 ir kituose straipsniuose pavadinimu „Garantija dėl nekokybiškų daiktų“ išdėstytas specialiose taisyklėse. Pagal šias taisykles pirkėjas iš esmės gali anuliuoti tik pirkimo ir pardavimo sutartį arba sumažinti kainą (462 str.); jei esant nekokybiškai prekei kalbama apie daiktus, apibrėžtus rūšiniais požymiais, jis gali reikalauti pristatyti atsarginę kokybišką prekę (480 str.). Jis gali reikalauti atlyginti žalą priklausomai nuo apgaulės atvejo tik tuo atveju, jeigu perkamas daiktas neturi savybės, apie kurios egzistavimą pardavėjas užtikrino sutartimi (463 str.). O kaip bus tuo atveju, jeigu pardavėjas nieko neužtikrino, tačiau dėl aplaidumo pristatė nekokybišką prekę? Ar tada pirkėjas gali remtis bendromis taisyklėmis, šiuo atveju: reikalauti atlyginti nuostolius dėl *pozityvaus prievolės pažeidimo?* Teismų praktika tai leido. Žinoma, ji apriboja tai dvigubai: reikalavimas turi būti įgyvendintas per trumpą Vokietijos CK 477 straipsnio ieškininės senaties terminą (esant kilnojamam turtui – per 6 mėnesius po pristatymo); toliau – galima reikalauti tik atlyginti vadinamąją *žalą, atsiradusią dėl kokybės trūkumų.*

Jei, pvz., pardavėjas atgabeno betono maišyklę ir patikrinimo, atlikto prieš atgabenant, metu dėl savo kaltės nepastebėjo, kad maišyklė nekokybiška, jis atsako dėl *pozityvaus prievolės pažeidimo*, tačiau tik tuo atveju, jeigu pirkėjas reikalavimą pareiškia per 6 mėnesius ir pageidauja atlyginti *žalą, kuri atsirado dėl kokybės trūkumų.* Išlaidos daikto trūkumui pašalinti nėra priskiriamos prie tokios žalos, o tik išlaidos, kurios pirkėjui atsiranda dėl to, kad jis, kaip statybos įmonės savininkas, privalo mokėti sutartimi numatytą baudą, nes dėl įrenginio prastovos pavėluotai pastatė namą. Visa tai, žinoma, galioja tik tada, jeigu dėl pardavėjo kaltės objektas yra su trūkumais, o ne tada,

jeigu jis pažeidė kitą sutartimi numatytą įsipareigojimą. Taigi jeigu pardavėjas pristatė kokybišką įrenginį, tačiau dėl savo kaltės pirkėjui nesuteikė reikalingos informacijos apie teisingą techninę priežiūrą, pardavėjas šiuo atveju atsako *pozityviu prievolės pažeidimu* be išvardytų apribojimų: taigi jis privalo atlyginti ir remonto išlaidas; be kita ko, šio reikalavimo pareiškimui pirkėjas turi pakankamai daug laiko, nes pagal Vokietijos CK 195 straipsnio bendrąsias taisykles jam taikomas 30 metų (!) ieškininės senaties terminas. Visam šiam absurdiškumui šiandien Vokietijoje niekas neranda gero žodžio, ir vyrauja bendra nuomonė, kad Vokietijos CK taisykles, susijusias su atsakomybe dėl sutarties pažeidimų, reikia skubiai pertvarkyti. Siūlymai jau paruošti.

III.

Romanų civiliniai kodeksai, kitaip nei Vokietijos teisės sistema, vadovaujasi abipusių sutarčių *neįvykdymo* principu. Jeigu viena šalis neįvykdo įsipareigojimų, kurie jai priklauso iš dvišalės sutarties, kita šalis turi teisę teismo reikalauti nutraukti sutartį (Prancūzijos CK 1184 str., Italijos CK 1453 str.). Prancūzijos civilinis kodekas šias taisykles su teisinės technikos pagalba dar įvelka į pasenusį supratimą, kad kiekviena dvišalė sutartis sudaroma be žodžių, įvykdžius abipusius įsipareigojimus. Šiuo atveju paprasčiausiai kalbama apie teisę nutraukti sutartį dėl neįvykdymo, kuri realizuojama pateikiant ieškinį teismui (Italijos CK 1453 str.). Kiekviena sutarties šalis gali pasirinkti arba reikalavimą dėl sutarties įvykdymo, arba ieškinį dėl sutarties nutraukimo, kuris gali būti susietas su reikalavimu atlyginti žalą. Jei pareikštas ieškinys dėl įvykdymo, ieškovas dar gali pereiti prie ieškinio dėl sutarties nutraukimo ir žalos atlyginimo, bet ne atvirkščiai.

Taip yra Italijos CK 1452 straipsnio 2 dalyje. Kitaip Prancūzijoje: čia iki sprendimo dėl nutraukimo įsigaliojimo gali būti reikalaujama dar ir sutarties įvykdymo, jeigu skolingo įsipareigojimo vertė tuo tarpu pakilo; plg. Civ.1932.1.6, D.H. 1932, 114.

Ieškiniu dėl nutraukimo daroma prielaida, kad šalis, kuriai pareikštas ieškinys, nevykdo jai priklausančių sutartinių įsipareigojimų (plg. 1184 str.: *ne satisfera point a son engagement*). Į jį patenka ne tik atvejis, kai skolininkas įsipareigojimo neįvykdo, nes tai jam (daugiau) yra *neįmanoma*. Neįvykdymas – tai ir įsipareigojimo *uždelsimas*, ir dalinis neįvykdymas, ir pagaliau atvejis, kai šalis, kuriai pareikštas ieškinys, neįvykdė *antraeilių* įsipareigojimų. Kiekvienu atveju teisėjas vadovaujasi savo vidiniu įsitikinimu, ar neįvykdymas pagal sutarties tikslą yra toks sunkus, kad neatidėliotinai nutraukti sutartį atrodo pateisinama. Čia pat kyla minčių apie visas bylos aplinkybes, pavyzdžiui, apie tai, ar atsakovas jam priklausančios pareigos neįvykdė *kaltai* ir *koks yra jo kaltės laipsnis*, arba apie tai, kokia žala ieškovui atsirado dėl neįvykdymo ir ar iš jo gali būti reikalaujama likti prie sutarties ir pasitenkinti reikalavimu dėl žalos atlyginimo: *Ce qui importe c'est que le contrat n'assure plus l'utilite economique qu'il poursuivait.*

Malaurie/Aynès, Cours de droit civil, Les obligations (1990) Nr. 740. Palyginkime iš teismų praktikos Com. 1987.6.16, Bull. IV, Nr. 145; Civ.1976.2.4, Bull. I, Nr. 53; Civ. 1979.10.9, Bull. III, Nr. 169 ir *Landfermann*, ten pat, p. 35, 53 ir kt. Italijos civilinis kodeksas 1455 straipsnyje yra tos pačios nuomonės, kad sutartis yra nenutraukiama, jei vienos šalies neįvykdymo reikšmė, atsižvelgiant į kitos šalies interesus, nedidelė.

Toks apsvarstymas būtinas tais atvejais, kai sutartis neįvykdoma tik iš dalies arba ne laiku. Jei šiuo atveju dalinis sutarties įvykdymas ieškovo netenkina, teisėjas svarstys, ar nenutraukus visos sutarties; jei tai ne tas atvejis, jis gali šalis laikyti prie sutarties tol, kol ji bus įvykdyta; beje, atsižvelgęs į aplinkybes, sutarties nutraukimo atveju jis pripažins ieškovui reikalavimą atlyginti nuostolius (plg. Civ. 1920.5.5, D. 19261.137; Req. 1927.12.21, D.H. 1928, 82; Req. 1935.6.21, Gaz.Pal. 1935. 2. 35).

Pagal Prancūzijos teisę teisėjas toliau turi galimybę atsakovui paskirti papildomą terminą sutartiniams įsipareigojimams įvykdyti (Prancūzijos CK 1184 str.: *delai de grace*). Šiuo atveju paprastai sprendime tuo pačiu pasisakoma, kad jeigu per šį terminą sutartis nebus įvykdyta, ji bus laikoma nutraukta (Req. 1933.5.16, Gaz.Pal. 1933. 2. 422). Jei skolinga paslauga turėjo būti atlikta per tam tikrą laiką, toks papildomas terminas netinka ir jeigu pareiškiant ieškinį dėl sutarties nutraukimo laiko tarpas jau buvo praėjęs (Civ. 1927.10.18, S. 1928. 1. 22).

Palyginkime *Landfermanną*, ten pat, p. 52 ir kt. Italijos civilinis kodeksas numato, kad ne teisėjas, o sutarties besilaikanti šalis kitai šaliai gali nustatyti tinkamą terminą sutarčiai įvykdyti ir kartu pareikšti, kad pasibaigus terminui sutartis, be kita ko, pripažįstama nutraukta. Jei šio termino nesilaikoma, sutartis laikoma nutraukta, ir tam paprastai nereikia teismo sprendimo (plg. Italijos CK 1454 str.).

Jei proceso metu atsakovas, nors ir pavėluotai, ieškovui pasiūlė įvykdyti prievolę, teisėjas privalo patikrinti, ar ieškovas, nepaisant šito siūlymo, sutartį nori nutraukti. Ir šiuo atveju tai priklauso nuo bylos aplinkybių, pavyzdžiui, nuo to, ar skolininkas savo pradiniu atsisakymu, teismo įsitikinimu, nori uždelsti vien tik savo įvykdymą, o gal ieškovas dėl to turi pagrįstą interesą, pavyzdžiui, pakitus rinkos situacijai – atsisakyti priimti pavėluotą įvykdymą.

Palyginkime Civ. 1954.3.17, Gaz.Pal. 1954. 2. 88; Civ. 1949.11.30, Gaz.Pal. 1950.1.38. Kaip toli nusitęsusios teisėjo vertinimo ribos, gerai atspindi kasacinio teismo 1950 11 27 sprendimas (Gaz.Pal. 1951. 1. 132): atsakovai iš ieškovės pirko žemės sklypą už įsipareigojimą, pagal kurį pardavėja iki gyvenimo pabaigos turėjo būti rengiama, maitinama, prižiūrima. Po to, kai tarp šalių kilo kivirčai ir atsakovai atsisakė atlikti jiems priklausančius veiksmus, ieškovė pareiškė ieškinį dėl sutarties nutraukimo. Pirmosios dvi instancijos sutarties nutraukimą atmetė ir vietoj jo priėmė sprendimą, kad atsakovai yra įsipareigoję nuo šiol ieškovei mokėti pensiją, kuri savo verte atitiko įvykdymą natūra ir turėjo būti duodama be asmeninio kontakto, kurio šie reikalavo. Kasacinis teismas šį sprendimą patvirtino ir pagrindė tuo, kad įvykdymo natūra davimas dėl šalių kivirčų tapo neįmanomu, ir instancinio teismo teisėjas, vykdydamas *pouvoir souverain d'appréciation des circonstances de fait*, turi teisę vietoj to priteisti *rente viagère compensatrice*. Iš esmės teismai šiuo atveju vietoje prašomo sutarties nutraukimo paskelbė turinio pakeitimą, net jeigu Kasacinis teismas tuo pačiu išsireiškė, tarytum jis skiria *nuostolių atlyginimą* pensijos forma. Palyginkime kitus sprendimus dėl *sutarties pakeitimo* kaip sutarties pažeidimo pasekmę *Landfermann*, ten pat, p. 60 ir kt.

Iš esmės sutarties nutraukimu teismine tvarka daroma prielaida, kad ieškovas atsakovą įspėjo; toks įspėjimas turi būti pateiktas raštu ir pristatomas teismo antstolio. Tačiau praktikoje šis principas mažai ką reiškia, nes kasacinis teismas nusprendė, jog vien ieškinio dėl sutarties nutraukimo pareiškimas yra pripažįstamas kaip įspėjimas (Civ. 1931.10.19, D.H. 1931, 537).

Aišku kaip ant delno, kad sutarties nutraukimo *per teismą* principas komercinės ir ūkinės apyvartos praktikai gali sukelti daug sunkumų. Jeigu į šį principą būtų žiūrima rimtai ir vadovau-

jamasi tuo, kad sutarties šalis iki tol, kol įsiteisės teismo sprendimas dėl sutarties nutraukimo, liktų visiškai susieta sutartiniais įsipareigojimais, tai vestų prie to, kad tik po sutarties nutraukimo paskelbimo pardavėjas prekes gali parduoti toliau, o pirkėjas iš kito tiekėjo pirkti ir parduoti. Prancūzijos teismų praktika išvengia šio nepakenčiamo rezultato. Ji yra tos nuomonės, kad šalis ir be išankstinio kreipimosi į teismą turi teisę sutartį pripažinti negaliojančia dėl to, kad priešinga šalis neįvykdė savo įsipareigojimų, atsisakyti įvykdymo ir pasirūpinti kitkuo (plg. Paris 1912.4.18, S. 1915. 2. 66; Req. 1927.1.4, S. 1927. 1. 188). Tokiame elgesyje teismų praktika neįžvelgia jokio sutaries pažeidimo, žinoma, ji daro prielaidą, kad teismas, jeigu šiuo reikalu būtų užsiėmęs tinkamu laiku, būtų pasisakęs už sutarties nutraukimą be papildomo termino. Šiuo požiūriu sutarties šalis, kuri pati nutraukia sutartį, veikia savo rizika.

Sutarties nutraukimo per teismą principas praktikoje neteko reikšmės dėl to, kad teismų praktika savo anuliavimą leido pakeisti nesuprantamu šalių susitarimu (plg. išsamiai *Bericand* ir *Landfermann*, ten pat, p. 73 ir kt.). Šia galimybe komercinėje ir ūkinėje apyvartoje ir toliau labai dažnai pasinaudojama ten, kur sutartį parengė teisininkai. Tokios sutarties išlygos, dažnai vadinamos *pacte commissoire*, pranašumai slypi tame, kad sutarties šalių valioje yra nustatyti tai, kokioms sąlygoms esant sutarties besilaikanti šalis turi teisę pareikšti, kad sutartis nutraukta; tuo išvengiama netikrumo, kuris, nutraukus sutartį *per teismą*, negali būti numatytas, todėl negali būti aišku, ar teisėjas konkretų sutarties pažeidimą traktuos kaip svarbų ir todėl nepaskirs sutarties nutraukimo arba paskirs tik jo paties nustatytą papildomą terminą. Šalys gali atskirai nustatyti, ar sutartis tik tada gali būti nutraukta, jeigu sutarties besilaikanti šalis kitai šaliai pristatė įspėjimą arba nustatė papildomą terminą; labai svarbu, jei sutartis įvykdyta laiku, taigi šalys susitars, ar pasibaigus terminui sutartis, be kita ko, gali būti nutraukta pareiškimu.

Dėl visų šių priežasčių teisminis sutarties nutraukimo principas apyvartoje tarp įmonininkų vis labiau netenka savo reikšmės: *On peut aussi parler d'un déclin de la résolution judiciaire des contrats ce qui approche le droit français des droits allemand et anglais* (*Malaurie/Aynès*, ten pat, Nr. 747). Ir Italijos civilinis kodeksas smarkiai apribojo šį principą. Šalys gali susitarti, kad sutartis gali būti nutraukta be kreipimosi į teismą, o tik paprastu pareiškimu (1456 str.). Sutartis nutraukiama be teismo ir tada, jeigu viena sutarties šalis kitai šaliai nustatė protingą terminą sutarčiai įvykdyti, o šis terminas praėjo bergždžiai (1454 str.). Jeigu šalis įsipareigojo sutartį įvykdyti konkrečiu laiku, ir termino laikymasis pagal bylos aplinkybes kitai šaliai yra „esminis“, pasibaigus terminui automatiškai prasideda sutarties nutraukimas, nebent suinteresuota šalis vėluojančiai šaliai per tris dienas praneša, kad ji reikalauja sutartį įvykdyti (1457 str.).

Jeigu šalis sutarties neįvykdo arba įvykdo ne laiku, kitos šalies, besilaikančios sutarties, interesai paprastai pirmiausia yra nukreipti ne į sutarties *nutraukimą*, o į *žalos atlyginimą*. Šiuo atveju yra atskiriama: sutarties besilaikanti šalis kitą šalį gali laikyti susietą sutartimi ir pareikšti ieškinį dėl sutarties nutraukimo bei uždelsimu padarytų nuostolių atlyginimo *(dommages–intérêts moratoires)*. Tačiau jei, priešingai, pagal bylos aplinkybes yra nustatyta, kad kita sutarties šalis nebegali ar nenori vykdyti sutarties, arba sutartis kitai šaliai dėl kitų priežasčių neteko savo *utilité économique*, tuo atveju tinka ieškinys dėl nuostolių atlyginimo už sutarties neįvykdymą *(dommages–intérêts compensatoires)*, kuris paprastai pareiškiamas kartu su ieškiniu dėl sutarties nutraukimo. Kad tokia sutarties nutraukimo ir nuostolių atlyginimo sankaupa yra galima, tiesiogiai išplaukia iš Prancūzijos CK, kuris 1184 str. 2 d. nustato, kad kreditorius turi teisę arba reikalauti sutarties įvykdymo, arba *d'en demander la résolution*

avec dommages et intérêts. Vokietijos CK pirmtakai, priešingai, manė, kad toks sutarties nutraukimo ir nuostolių atlyginimo supainiojimas neįmanomas, nes negalima reikalauti atlyginti nuostolius ir kartu nutraukimu sugriauti šio reikalavimo pamatus, būtent – sutartį. Todėl Vokietijos CK 326 straipsnis verčia kreditorių pasirinkti vieną teisę iš dviejų, su visais iš to kylančiais sunkumais. Prancūzijoje formalūs apmąstymai, kuriuos galima pateikti prieš *résolution* ir *dommages–intérêts* sankaupą, nelieka nepastebėti; tačiau, atsižvelgiant į *už* supainiojimą pasisakančius požiūrius, jie niekur nėra pripažįstami rimtais (plg. *Landfermann*, ten pat, p. 65 ir kt.).

Reikalavimu atlyginti nuostolius, ar jie būtų atsiradę dėl įsipareigojimo uždelsimo, ar dėl sutarties nevykdymo, iš esmės daroma prielaida, kad skolininkas formaliu įspėjimu uždelsė (Prancūzijos CK 1146 str., Italijos CK 1219 str.). Kaip jau pasakyta, teismų praktika įspėjimą laiko nereikalingu, jeigu iš sutarties išplaukia, kad uždelsimo pasekmės turi atsirasti ir be įspėjimo, kaip, pavyzdžiui, tam tikro termino susitarimo atveju (plg. Req. 1921.2.16, D.P. 1922. 1. 102; Civ. 1927.10.24, S. 1928. 1. 22) arba išlygos *livrable de suite* atveju (Req. 1933.6.21, G.H. 1933, 412). Tas pat galioja, jeigu įspėjimas būtų tik perdėtas formalumas, kaip, pavyzdžiui, esant už akių užbėgančiam vengimui vykdyti sutartį (Req. 1927.1.4, S. 1927. 1. 188 ir akivaizdžiai Italijos CK 1219 str. 2 d.) arba jeigu nustatyta, kad skolininkas jokiomis aplinkybėmis įsipareigojimo nesugebės įvykdyti.

Reikalavimo atlyginti nuostolius prielaida yra ta, kad aplinkybė, kuri užkerta kelią tinkamam sutarties įvykdymui, gali būti „priskirta“ skolininkui. Prancūzijos civilinis kodeksas 1147 straipsnyje išreiškia tai, kad sutartį netinkamai vykdantis skolininkas nuo įsipareigojimo atlyginti nuostolius atleidžiamas tik esant prielaidai, *que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée* (lygiai taip pat Italijos CK 1218 str.); 1148 straipsnis tą patį sako kitais žodžiais, šiuo atveju įvykdymo kliūčiai pripažindamas atleidžiamą poveikį, jeigu prasidėjo *par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit.* Teismų praktika ir mokslas sutampa tuo požiūriu, kad įsipareigojimo kliūtis tik tada remiasi *force majeure* ar *cas fortuit* – abu išsireiškimai naudojami ta pačia reikšme, kai įsipareigojusiai šaliai negali būti nustatyta jokia kaltė: todėl *absence de faute* ir *force majeure* šiame kontekste savo reikšme sutampa (plg. *Tunc*, ten pat). Šis principas yra taip pat Prancūzijos CK 1302 straipsnio taisyklės pagrindas: kas privalo pristatyti individualiais požymiais apibrėžtą daiktą, tas yra atleidžiamas nuo savo prievolės, jeigu daiktas ne dėl jo kaltės *(sans la faute du débiteur)* žuvo. Iš to daroma išvada, kad, pristatant *rūšiniais požymiais apibrėžtus daiktus*, skolininkas atleidžiamas nuo prievolės tik tada, jeigu pristatomi daiktai nekalto žuvimo metu jau buvo individualizuoti.

Taip pat nagrinėjamas pavojaus, susijusio su apmokėjimu, klausimas: kokioms aplinkybėms esant skolininkas, kuris atleidžiamas nuo prievolės įvykdymo, iš kreditoriaus gali reikalauti priešpriešinio patenkinimo? Tik labai trumpai nurodoma į skirtingą šio klausimo sprendimą pirkimo ir pardavimo institute: pagal daugumą romaniškųjų teisinių sistemų apmokėjimo pavojus (lygiai kaip ir nuosavybė), esant individualiais požymiais apibrėžto daikto pirkimui ir pardavimui, jau pirkimo ir pardavimo sutarties sudarymo metu pereina pirkėjui, esant rūšiniais požymiais apibrėžtiems daiktams – išrūšiavimo metu (Prancūzijos CK 1138 str.; Italijos CK 1465 str.; lygiai taip pat Šveicarijos PK 185 str. 1 d.), o pagal vokiečių, skandinavų, Tarptautinės prekybos teisės konvenciją – tik perdavimo ar pristatymo metu (Vokietijos CK 446 str., Austrijos CK 1049, 1051 str., skandinavų Pirkimo ir pardavimo įstatymo 17 str., Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 67–69 str.).

Todėl pagrindinis klausimas – kokiais atvejais teismų praktika yra pasiruošusi įsipareigojimo kliūtį pripažinti *force majeure* arba *cas fortuit* ir atitinkamai skolininką atleisti nuo įsipareigojimo atlyginti nuostolius. Mokslo yra pripažįstama, kad nuo įsipareigojimo atleidžiama, jeigu kliūtis yra *obstacle imprévisible et irrésistible*, kuri sutarties įvykdymą skolininkui daro *absolument impossible* (plg. *Planiol/Ripert;* VII Nr. 838). Teismų sprendimai dažnai išskiria tik atskirus kriterijus; tačiau visuotinai pripažįstama, kad kliūtis nėra pagrindas atleisti nuo įsipareigojimų, jeigu teismas gali konstatuoti, jog įsipareigojusi šalis nepastebėjo galimybės kliūties išvengti. Net labai dideli sunkumai, kurie, pavyzdžiui, dėl karo susidariusių kliūčių gamybai, transportavimui arba parduotų prekių pristatymui pardavėjo neatleidžia nuo sutartinių įsipareigojimų vykdymo.

Jeigu pardavėjas iš 1914 metų derliaus pardavė 4 tūkstančius centnerių avižų, o šį derlių areštavo karo administracija, jis atsako pirkėjui už nuostolių atlyginimą, jeigu nustatoma, kad pagal konkretaus atvejo aplinkybes pardavėjas dėl savo kaltės prarado progą pristatyti pirkėjui prekę dar iki areštavimo (Civ. 1922.5.6, D.P. 1922. 1. 130; plg. taip pat Req. 1922.1.25, D.P., 1922. 1. 71). Priešingai buvo kitoje byloje: parduota 10 tonų bulvių ir šis kiekis pakrovimo metu areštuotas stotyje; šiuo atveju pripažįstama *force majeure* (Civ. 1923.6.19, D.P. 1923.1.94). Jei vienos partijos ryžių pirkėjas įsipareigojo pardavėjo naudai atidaryti akredityvą taip, kad pirkimo kaina galėtų būti pervesta į Saigoną, pirkėjas atsako už nuostolių atlyginimą, jeigu atsisako sutarties, nes pagal Prancūzijos valiutos įstatymus, kurie jau galiojo sutarties sudarymo metu, užsienio valiutai jis negavo reikalaujamo leidimo (Req. 1927.1.4, S. 1927. 1. 188). Jeigu gamybą, transportavimą arba parduodamų prekių pristatymą sužlugdo streikas, kliūtis, dėl kurios bus atleidžiama nuo įsipareigojimų, bus matoma tuo labiau, kuo streikas, teismo nuomone, konkrečiu atveju buvo bendresnis ir nenumatomesnis (plg. Civ. 1915.3.2, D. 1920.1.108; Civ. 1948.4.20, Gaz.Pal. 1948. 1. 285).

Visos šios nuostatos apie kliūtis, dėl kurių šalis atleidžiama nuo įsipareigojimų, negalioja sutartims, nuo pat pradžių nukreiptoms į neįmanomas prievoles. Šiuo atveju romaniškosios teisės sistemos, lygiai kaip ir vokiškoji teisinė erdvė, daro nuolaidą *impossibilium nulla obligatio* dogmai ir nustato visišką tokių sutarčių negaliojimą (Italijos CK 1346 ir 1418 str. 2 d.). Prancūzijos teisė civiliniame kodekse aiškiai nustato sutarties dėl perdavimo individualiais požymiais apibrėžto daikto, kuris buvo sugadintas jau jos sudarymo metu, padarinius: ši sutartis yra niekinė (1601 str.). Šiuo atveju visiškai nepriklauso nuo klausimo, ar įsipareigojantis asmuo pagal aplinkybes prisiima riziką dėl sutarties įvykdymui galimų kliūčių. Šią išvadą romaniškoji teisės sistema bando pakoreguoti tuo, kad ji kreditoriui suteikia deliktinį reikalavimą atlyginti nuostolius, jeigu skolininkas nuo pat pradžių žinojo arba turėjo žinoti, kad prievolės neįmanoma įvykdyti (plg. Req. 1878.2.11, S. 1879. 1. 196; Italijos CK 1338 str.).

Visa tai nekeičia principo, kad pardavėjas, nepateikęs prekių arba pateikęs jas pavėluotai, privalo pirkėjui atlyginti nuostolius, jei negali įrodyti, kad sutarties įvykdymui sutrukdė *force majeure* arba *cas fortuit*. Tad atleidimui nuo atsakomybės pagal Prancūzijos CK 1147 straipsnį neužtenka vien tik įrodyti, kad skolininko kaltės dėl prievolės neįvykdymo nėra.

Kita vertus, Prancūzijos CK remiasi tuo, kad skolininkas sutarties įvykdymo tikslui turi pasiūlyti *tous les sains d'une bon père de famille* (1137 str.). Šį neaiškumą teismų praktika panaikino jau prieš daug dešimtmečių, o griežtesnes taisykles panaudoja tik tais atvejais, kai skolininko sutartinė pareiga atrodo kaip *obligation de résult*, taigi iš sutarties galima matyti,

kad skolininkas pažadėjo tam tikrą *sėkmę*. Jeigu, priešingai, iš priimtų susitarimų arba iš sutarties prasmės išplaukia, kad skolininkas neužtikrina jokios sėkmės, o vien tik pažadėjo *stengtis* sėkmę įgyvendinti, turime *obligation de moyens*. Šiuo atveju nėra jokios atsakomybės, jeigu sėkmė neįvyksta, išskyrus atvejus, kai kreditorius gali įrodyti, jog skolininkas stengėsi ne taip, kaip būtų stengęsis protingas žmogus panašioje situacijoje.

Išsamiai palyginkime *Viney* Nr. 519 ir kt. Kai kada teismų praktika sudaro ir trečiąją kategoriją: apie *obligation de moyens renforcée* kalbama tais atvejais, kai skolininkui trūksta protingo žmogaus rūpestingumo realizuojant jam priklausančią pareigą, o kai pareiga realizuojama nevisiškai tinkamai, daroma prielaida, kad trūko rūpestingumo. Taigi šiuo atveju tai yra skolininkas, kuris, kitaip nei esant *obligation de moyens*, privalo įrodyti, kad jis elgėsi pakankamai rūpestingai.

Kada yra *obligation de résultat*, o kada *obligation de moyens*, Prancūzijos CK nepasako. Priešingai, teismų praktika remiasi sutarties aiškinimu. Čia išsirutuliojo tvirtos taisyklės. *Obligation de résultat* pripažįstamas kaip pardavėjo įsipareigojimas prekes pristatyti laiku ir į sutartą vietą; lygiai taip pat transporto įmonės įsipareigojimas asmenis arba prekes pristatyti saugiai ir laiku į susitartą vietą, ar statybos įmonės savininko įsipareigojimas sutarties šaliai atlikti pažadėtą paslaugą (Prancūzijos CK 1792 str.), ar nuomotojo įsipareigojimas nuomininkui laiku perduoti išnuomotą daiktą. Jei šiais atvejais nesulaukiama sėkmės, skolininkas atleidžiamas nuo atsakomybės tik įrodžius, kad įsipareigojimo įvykdymą kliudanti aplinkybė yra *force majeure* arba *cas fortuit*.

Klasikinis tokio *obligation de moyens* atvejis yra gydytojo įsipareigojimas rūpestingai gydyti ligonį. Jei gydytojas pažadėjo pristatyti dantų protezą arba jei jis savo pacientui gydyti implantavo medicininį prietaisą, teismų praktika krypsta link *obligation de résultat*, jeigu nuostoliai atsirado dėl to, kad protezas brokuotas arba prietaisas nustojo veikęs. Tačiau advokatui dėl kliento konsultavimo tinka tik *obligation de moyens*, lygiai kaip ir tam, kuris įgaliotiniui perdavė rūpinimąsi verslu. Kai kurių abejonių sukelia atvejai, kai kažkas pagal sutartį yra atsakingas už sutarties šalies fizinį saugumą.

Kaip *obligation de résultat* teismų praktika, pvz., pripažino: nuomotojo įsipareigojimą dėl kokybiško lifto pristatymo (Civ.1955.6.23, D. 1955, 653), rengėjo įsipareigojimą dėl žiūrovams saugių vietų automobilių lenktynių ruože pristatymo (Orleans 1937.4.19, D.H. 1937, 292), (Civ. 1968.10.30, D., 650), įmonės, besiverčiančios slidininkų pakėlimu, savininko įsipareigojimą užkirsti kelią pavojams, kurie gresia naudotojams (Civ.1968.10.8, D. 1969, 157). Priešingai, *obligation de moyens* paprastai bus tada, kai sutarties šalies, kuriai grėsmę kelia nelaimingas atsitikimas, gynybai nuo pavojaus reikia nuosavų pastangų. *Obligation de moyens* pripažįstama: viešbučio savininko įsipareigojimas perduoti susisiekimui garantuotas patalpas ir laiptus (Civ. 1966.2.7, D. 1966, 314; tačiau plg. Civ. 1983.7.19, Bull. I, Nr. 211), baseino savininko įsipareigojimas garantuoti saugią maudyklę (Civ. 1971.10.02, Bull. I, Nr. 227) ir pervežėjo įsipareigojimas užkirsti kelią nelaimingiems atsitikimams, kurie turistui gresia įlipant ar išlipant iš transporto priemonės (Civ. 1970.7.21, D. 1970, 767; jeigu nelaimingi atsitikimai gresia pervežimo *metu*, pervežėjo įsipareigojimas dėl saugumo yra *obligation de résultat*. Plg. išsamiai *Viney* Nr. 550 ir kt.).

Ypatingas atsakomybės režimas galioja, jeigu pardavėjas pirkėjui prekes nors ir pristatė, tačiau kartu pažeidė vieną iš dviejų garantijų, kurios jam taikomos pagal Prancūzijos CK

1625 straipsnį: būtent garantiją tam, kad prekės neturi jokių paslėptų trūkumų *(garantie des vices caches)* ir kad joks kitas tretysis asmuo neturi daugiau teisių į parduotą daiktą *(garantie du titre)*.

Jei pardavėjas pristatė nekokybiškas prekes, pagal Prancūzijos CK 1645 straipsnį nuostolius jam reikia atlyginti tik tuo atveju, jeigu jis apie trūkumą žinojo; kitu atveju jis atsako tik už pirkimo kainos grąžinimą bei už *frais occasionnés par la vente* atlyginimą. Tačiau teismų praktika šias taisykles interpretavo labai kilniaširdiškai ir taip pardavėjo atsakomybę priartino atsakomybei dėl sutarties pažeidimo (su 1648 straipsnio trumpo senaties termino sąlyga). Praktikoje nuspręsta, kad pardavėjas, prekiaująs ginčijamos kokybės daiktais, turi elgtis taip, tarsi jam daikto trūkumai būtų žinomi iš seniau; tačiau pardavėjas, kuris žino apie daikto trūkumą, atsako už nuostolių atlyginimą ir tuo atveju, jeigu jis pirkimo ir pardavimo sutartyje atleido save nuo įsipareigojimo atlyginti nuostolius už neatsargų pažeidimą. Plg., pvz., Civ. 1978.10.30 ir Com. 1978.11.6, J.C.P. 1979. II. 19178 su *Ghestin* pastabomis.

IV.

Kitaip negu kontinentinės teisės sistemos, bendroji teisė sutartį iš esmės suvokia kaip garantinį pasižadėjimą. Jei skolininkas atliko ne tai, ką žadėjo atlikti sutartyje, jis privalo atlyginti nuostolius dėl *breach of contract* (sutarties pažeidimo), nors neklausiama, ar jis, jo žmonės arba jo įtrauktas įmonininkas veikė kaltai. Šis principas atskleidžia daugybę įvairių sistemos skirtumų, kurie stebėtojui tučtuojau įbrukami atliekant lyginamąjį kontinentinės teisės sistemų ir bendrosios teisės nagrinėjimą. Pirma, angloamerikietiškoji teisė negrupuoja sutarties neįvykdymo pagrindų, tad kitaip nei Vokietijos teisė, neskiria negalimumo, uždelsimo ir pozityvaus reikalavimų pažeidimo: ar skolininkas pažadėtos paslaugos apskritai neįvykdė, įvykdė per vėlai ar neįvykdė dėl kitų aplinkybių, tai nėra svarbu, nes tai priklauso vien nuo to, kad pažadėta sėkmė neįgyvendinta, perimtos garantijos nesilaikoma ir taip įvyksta sutarties pažeidimas. Reikalavimo atlyginti nuostolius atsiradimas negali priklausyti nuo to, ar dėl sutarties įvykdymo yra skolininko (ar jo pagalbinio asmens) kaltė. Žinoma, ir bendroji teisė kelia klausimą, kokioms sąlygoms esant skolininkas atleidžiamas nuo atsakomybės bei prievolės neįvykdymo dėl tam tikrų kliūčių. Tačiau toks skolininko atleidimas nuo atsakomybės grindžiamas ne jo kaltės buvimu ar nebuvimu, o tuo, kad skolininkas pagal sutarties prasmę ne *visoms* aplinkybėms esant laidavo už įsipareigojimą. Priešingai, garantijos, atsiradus tam tikroms įsipareigojimo kliūtims, skolininkas *neperėmė*. Pagaliau bendrajai teisei vykdant priimtus įsipareigojimus nėra būtina nagrinėti (pirkimo ir pardavimo, darbo ar nuomos sutartinės) atsakomybės už trūkumus, nes angloamerikietiškam teisininkui reikalavimai laiduoti už įsipareigojimus savo prasme yra ne kas kita kaip kiti reikalavimai, kylantys dėl sutarties pažeidimo, būtent reikalavimai dėl garantijos nesilaikymo: reikalavimai pašalinti trūkumus pagal bendrąją teisę yra atsakomybės už sutartį pavyzdys (*Rheinstein*, ten pat, p. 155). Iš šio garantijos instituto įtraukimo į visuotinę atsakomybę už sutarties pažeidimą paaiškėja, kad brokuotos prekės pardavėjas, neatsižvelgdamas į kaltę, privalo atlyginti nuostolius, kurie pirkėjui atsirado dėl brokuotų prekių.

Pagrindinė mintis dėl griežtos atsakomybės už pagal sutartį pažadėto įsipareigojimo netinkamą įvykdymą bendrajai teisei yra labai būdinga ir todėl tapo aksioma:

It is axiomatic that, in relation to claims for damages for breach of contract, it is, in general, immaterial why the defendant failed to fulfill his obligation, and certainly no defence to plead that he had done his best (*Lordas Edmund-Davies* byloje *Raineri* v. *Miles* [1981] A.C. 1050, 1086). It does not matter whether the failure to fulfill the contract by the seller is because he is indifferent or wilfully negligent or just unfortunate. It does not matter what the reason is. What matters is the fact of performance. Has he performed or not? (*Sellers J.*, byloje *Nicolene Ltd.* v. *Simmonds* [1952] 2 Lloyd's Rep. 419, 425). Panašiai Lordas Greene M.R. byloje, kurioje buvo kalbama apie skalbyklos atsakomybę: „*The laundry company undertakes, not to exercise due care in laundering the customer's goods, but to launder, and if it fails to launder them it is no use saying „I did my best, I exercised due care and took reasonable precautions, and I am sorry if as a result the linen is not properly laundered*". (*Alderslade* v. *Hendor Laundry* [1945] 1 All E.R. 244, 246 9C.A.).

Bendroji teisė šiuo principu vadovaujasi tais atvejais, kai skolininkas pažadėjo parūpinti arba atlikti tam tikrus darbus, pavyzdžiui, pardavėjas įsipareigojo pristatyti prekes, įmonininkas – pastatyti namą ar pagaminti kitą fizinį statinį, laivo savininkas – perduoti laivą, nuomotojas – perduoti namą: jie visi privalo, jeigu nesusitarta kitaip, laiduoti už tai, kad pažadėta paslauga būtų įvykdyta laiku ir pagal sutartyje sutartas sąlygas. Ir architektas garantuoja, kad statinio projektas bei brėžiniai atitinka priimtus susitarimus, tačiau jis atsako tik tvarkingo architekto rūpesčiu, kiek tai susiję su vadovavimu statybos priežiūrai. Prekių pirkimo ir pardavimo sutartims pardavėjo garantijos šiandien užfiksuotos įstatyminėmis normomis (*Sale of Goods Act* (Prekių pirkimo ir pardavimo įstatymas) 1979); kaip pardavėjas atsako ir tas, kuris kita sutartimi pažadėjo parūpinti daiktą (*Supply of Goods and Services Act* (Prekių ir paslaugų įstatymas) 1982, žr. 4), nors pardavėjas ar kiti tiekėjai gali save atleisti nuo įsipareigojimo už neatsargų įsipareigojimų pažeidimą. Tačiau pagal 1977 metų *Unfair Contract Terms Act* (Nesąžiningų sutarties sąlygų įstatymą) su vartotojais tai yra neįmanoma, o su verslininkais arba privačiais asmenimis leistina tiek, kiek atleidimas nuo įsipareigojimų už neatsargų jų pažeidimą yra *reasonable* (pagrįstas) (plg. *Treitel*, p. 737 ir kt.).

Tačiau yra kitaip, jeigu paslaugą atlikti pažada gydytojas, advokatas, auditorius ar įrengimų konsultantas.

The law does not usually imply a warranty that [a professional man] will achieve the desired result, but only a term that he will use reasonable care and skill. The surgeon does not warrant that he will cure the patient. Nor does the solicitor warrant that he will win the case. But, when a dentist agrees to make a set of false teeth for a pacient, there is an implied warranty that they will fit his gums... What then is the position when an architect or engineer is employed to design a house or a bridge? Is he under an implied warranty that, if the works is carried out to his design, it will be reasonably fit for the purpose? Or is he only under a duty to use reasonable care and skill? The question may require to be answered some day as a matter of law. But in the present case I do not think we need answer it. For the evidence shows that both parties were of one mind on the matter. Their common intention was that the engineer should design a warehouse which would be fit for the purpose for which it was required (*Lordas Denningas* byloje *Greaves & Co.* v. *Meikle & Partners* [1975] 3 All E.R. 99, 103).

Atsakomybė už profesines paslaugas taip pat yra sureguliuota įstatymiškai. Iš 1982 metų Prekių ir paslaugų įstatymo (žr. 13–16) aišku, kad skolininkas, kuris, vykdydamas komercinę ir ūkinę veiklą, pažadėjo atlikti paslaugą, yra įsipareigojęs *to carry out the service with reasonable care and skill*. Žinoma, atskiru atveju gali būti susitarta dėl griežtesnės atsakomybės arba tai gali paaiškėti iš aplinkybių. Jeigu dantų protezas netinka, jį įstatęs dantų gydytojas negali remtis tuo, kad jis padarė viską, kas buvo įmanoma (*Samuels* v. *Davies* [1943] 1 K.B. 526), o abiejuose sprendimuose gyvai diskutuojama dėl to, ar remiantis gydytojo, kuris perėmė paciento sterilizaciją, pareiškimais nebuvo galima padaryti išvados, kad jis pažadėjo ne tik protingas pastangas, bet ir užtikrino paciento ilgalaikį nevaisingumą (*Thake* v. *Maurice* [1986] Q.B. 644; *Eyre* v. *Measday* [1986] 1 All E.R. 488).

Nuo klausimo, ar sutarties besilaikančiai šaliai priklauso reikalavimas atlyginti nuostolius, turi būti atskirtas kitas klausimas: ar ji gali pareikšti, jog sutartį nutraukianti dėl kontrahento padaryto sutarties pažeidimo. Tokiu atveju ne tik jai nebereikia atlikti sutartinių įsipareigojimų. Ji gali atšaukti savo pačios atliktus išankstinius įsipareigojimus ir toliau reikalauti atlyginti nuostolius, kurie atsiranda dėl sutarties nevykdymo. Šiuo atveju kitai sutarties šaliai ypač sunku tada, kai ji į savo skolingą įsipareigojimą jau investavo daug nuo šiol prarastų išlaidų. Ji pažeidė sutartį. Tačiau tokiu atveju savo kontrahentui ji mielai atlygins dėl sutarties pažeidimo atsiradusius nuostolius, jeigu tik sutartis galios toliau. Kontrahento situacija atrodo kitaip. Jei laivo savininkas išnuomoja laivą ir netrukus paaiškėja, kad nuomininkas sutartį pažeidžia, pavyzdžiui, sutartines įmokas moka ne laiku arba laivas sugadintas, arba techniškai netvarkingai prižiūrimas, arba siunčiamas pagal sutartį draudžiamu maršrutu, laivo savininkas gali imti reikalauti ne atlyginti nuostolius dėl sutarties pažeidimo (jei nuostoliai apskritai susidarė ir gali būti įrodyti), o nutraukti užsakomąją sutartį. Tokį suinteresuotumą jis turi, pvz., tada, jeigu mokesčio už prekių gabenimą įmokos pakyla arba jei nuomininkui pasidaro sunku mokėti ir todėl susirūpinta, kad jis ateityje nebegalės laiku mokėti sutartinių įmokų arba bankrutuos. Todėl akivaizdu, kad sutarties pažeidimas tik tada gali suteikti teisę nutraukti sutartį, jeigu pažeidžiamas „esminis“ sutarties įsipareigojimas.

Klausimas, ar sutartinis įsipareigojimas šia prasme yra „esminis“, ar ne, Anglijos teismų praktikoje dažnai nagrinėjamas *warranty* (garantijos) ir *condition* (sąlygos) terminais. Kiekvienas sutartinis sutikimas – ar tai į sutartį įtraukiama akivaizdžiai, ar tylėjimu – teisiškai yra *(express* ar *implied) warranty* (garantija). Jei tokio sutikimo nesilaikoma, kitai sutarties šaliai suteikiama teisė reikalauti atlyginti nuostolius dėl *breach of contract* (sutarties pažeidimo); beje, sutartį ji privalo įvykdyti. Sutarties besilaikanti šalis gali atsisakyti sutarties tik tuo atveju, jeigu kitos šalies neįvykdytas įsipareigojimas kartu yra *condition* (sąlyga), kuri pagal aplinkybes sutarties įvykdymui pripažįstama esmine.

Žodžio *condition* (sąlyga) naudojimas šiame kontekste kontinento teisininkui yra gana savotiškas. Žodžiu „sąlyga“ jis supranta būsimą neaiškų įvykį, nuo kurio priklauso, ar tam tikri teisiniai poveikiai turi prasidėti, ar baigtis. Taip pat bendrojoje teisėje sąlyga naudojama šia prasme, kur išankstinės sąlygos apibrėžiamos *condition precendent*, anuliuojamos – *condition subsequent*. Toliau sąlygos sąvoka sutarčių teisėje atlieka užduotis, kurias kontinente atlieka *Synallagma:* jeigu pagal sutartį viena iš šalių privalo iš anksto atlikti tam tikrus veiksmus arba jos įsipareigojimai turi būti atliekami sistemingai, bendrojoje teisėje teigiama, jog kita sutarties šalis savo įsipareigojimų dalį privalo atlikti tik esant sąlygai, tai yra tais atvejais, kai kita sutarties šalis jau atliko išankstinius veiksmus

arba yra pasiruošusi juos atlikti. Pagaliau anglų teisininkas sąvoka *condition* apibrėžia tam tikrą esminį sutikimą, kurio neįvykdymas sutarties besilaikančiai šaliai suteikia teisę sutartį nutraukti ir reikalauti atlyginti nuostolius dėl sutarties neįvykdymo. Šiuo atveju kalbama apie tai.

Taigi jeigu bendroji teisė kaip sąlyga pripažįsta tik tokią sutarties nuostatą, kuriai tinka sutarties įvykdymo esminė reikšmė, sutarties pagrindas yra ta pati mintis, kokia sutinkama ir Vokietijos teisėje, jeigu teisių naudojimas iš Vokietijos CK 326 straipsnio priklauso nuo to, kad kita šalis (esant uždelsimui) pavėluoja atlikti „pagrindinę pareigą" ir, nepaisant papildomo termino nustatymo, jos neįvykdo arba kad ji (esant pozityviam reikalavimų pažeidimui) savo elgesiu „sutarties tikslui kelia grėsmę tiek, kad sutarties besilaikanti šalis negali reikalauti sutartį pratęsti". Panašių formulių randama ir Anglijos teismų praktikoje. Buvo sakyta, kad *condition* pateikta, jeigu *the consequences of the breach [are] such that it would be unfair to the injured party to hold him to the contract and leave him to the remedy in damages* (*Buckley L.J., Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 2 All E.R. 216, 232) arba jeigu sutarties pažeidimas toks sunkus, kad sutarties besilaikanti šalis netenka *substantially the whole benefit which it was intended he should obtain from the contract.*

Diplockas L.J. Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. *Kowarski Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q.B. 26, 70 sprendime. Atsakovų dviems metams išsinuomotas laivas perduodant nebebuvo tinkamas plaukioti jūra, nes mašinų skyriuje buvo paskirta per mažai žmonių, kurie, be kita ko, dar neturėjo ir dalykinių žinių, būtinų nusenusioms mašinoms tvarkingai techniškai aptarnauti. Po to, kai laivui keliaujant iš Liverpulio į Osaką dėl mašinų gedimo teko stovėti 5 savaites, o Osakoje dar 15 savaičių, atsakovai stovėjimo Osakos uoste metu atsisakė užsakomosios sutarties ir reikalavo atlyginti nuostolius, nors jie neturėjo jokio pagrindo manyti, kad suremontuotas laivas netiks plaukioti jūra. Laivo savininkai atsisakymą nuo sutarties laikė nepagrįstu, tame matė sutarties pažeidimą ir padavė į teismą dėl nuostolių atlyginimo, kurie siekė 2 milijonus Vokietijos markių dėl to, kad mokesčio už prekių gabenimą įmokos užsakomosios sutarties galiojimo metu smarkiai nukrito ir todėl jie laivą galėjo išnuomoti tik kur kas nepalankesnėmis sąlygomis. Apeliacinis teismas pagrįstame sprendime nusprendė, kad nors ieškovai įsipareigojimus dėl plaukiojimui jūra tinkamo laivo perdavimo ir pažeidė (todėl atsakovams privalėtų atlyginti nuostolius), šis pažeidimas, atsižvelgiant į konkrečias aplinkybes, nėra labai sunkus, kad atsakovai galėtų nutraukti sutartį. Todėl įsipareigojimas dėl tinkamo plaukioti jūra laivo buvo pripažintas ne kaip sąlyga, ir ieškinys dėl tos priežasties (laikantis atsakovų reikalavimo atlyginti nuostolius) buvo patenkintas. Palyginkime toliau *Bunge Corp.* v. *Tradax Export S.A.* (1981] 1 W.L.R. 711 ir išsamiai *Treitel* 670 ir kt.).

Anglijoje šiandien aiškiai suprantama, kad iš esmės pasakymuose *warranty* (garantija) ir *condition* (sąlyga) kalbama apie formalias sąvokas, kurios iš tikrųjų neatskiria esminių ir neesminių pasižadėjimų. Jungtinėse Valstijose 1981 metų *Restatement Contacts 2d* išvardytų sąvokų apskritai nebenaudoja, tik sutarties šaliai garantuoja reikalavimą atlyginti nuostolius dėl visos sutarties neįvykdymo *(total breach)*, jei ji dėl kitos sutarties šalies pažeidimo turi teisę sutartį nutraukti; tai atvejis, jeigu kitos šalies įsipareigojimas pasirodo kaip *material failure of performance* (esminis nesugebėjimas įvykdyti, 243, 237 str.). Klausimo išsprendimui, ar neįvykdymas yra *material*, ar ne, 241 straipsnis išvardija daugybę požiūrių, kurie šiame

kontekste naudojami Amerikos (lygiai kaip ir Anglijos) teismų praktikoje. Tai priklauso nuo to, kokios apimties, nepaisant pažado sulaužymo, sutarties besilaikančiai šaliai prievolė jau buvo ar bus įvykdyta ir ar esant tokioms aplinkybėms jos tinkamam kompensavimui užtenka reikalavimo atlyginti nuostolius; toliau priklauso nuo to, ar atitinka ir kiek sutartį sulaužiusios šalies elgesys *standards of good faith and fair dealing* (sąžiningumo ir sąžiningo verslo principus).

Atskirą grupę sudaro atvejai, kai skolininkas savo prievolės dalį įvykdo pažeisdamas sutartimi suderėtą terminą. Bendroji teisė neskiria, ar tai remiasi prievolės įvykdymo „negalimumu“ arba tuo, kad skolinininkas su dar galima prievole „uždelsia“. Priešingai, termino prievolėje nustatymas yra eilinė sutarties sąlyga, kurios pažeidimas sutarties besilaikančiai šaliai suteikia teisę reikalauti atlyginti nuostolius ir, jeigu termino nustatymas sutarčiai yra „esminis“, atsisakyti sutarties. Ar termino nustatymas šia prasme yra „esminis“, angliškai – *of the essence of the contract*, nustatoma pagal esamas aplinkybes. Žinoma, teismų praktika nuolat daro išimčių komerciniams sandoriams, ypač prekių, kurių kainos svyruoja, pirkimo ir pardavimo sutartims, nes šiuo atveju būtų nepakeliama, jeigu abi šalys nežinotų, ar pasibaigus terminui jos privalėtų priimti (pavėluotą prievolės) įvykdymą arba iš karto turėtų pereiti prie užtikrinamojo sandorio sudarymo.

Palyginkime iš Anglijos teismų praktikos *Lock* v. *Bell* [1931] 1 Ch. 35; *Harold Wood Brick Co.* v. *Ferris* [1935] 2 F.B. 198 ir *Treitel* 724 ir kt. Jungtinėse Valstijose ta pati nuostata užfiksuota 1981 metų *Restatement Contract 2d* 42 straipsnyje.

Jei iš sutarties negalima spręsti apie prievolės įvykdymo termino „konkretumą“, skolininkas privalo įvykdyti sutartį per protingą terminą *(within a reasonable time)*. Kreditorius ir šiuo atveju neturi teisės kaip, pavyzdžiui, Vokietijoje, atsisakyti sutarties tik tuo atveju, jeigu jis skolininką įspėjo ir paskyrė papildomą terminą, per kurį šis vis tiek neįvykdė jam priklausančios prievolės dalies. Tačiau komercinė patirtis pasiklysta atvejais, kai sutartis neturi „esminio“ įsipareigojimų įvykdymo termino, nepaisant panašaus būdo. Taip praneša *Gutteridge* (Brit. YB. Int.L. XIV [1933] 75, 87):

„A reputate merchant who has bought goods without specifying a time for delivery does not rush off to his solicitor with instructions for the issue of a writ if he considers that there has been unjustifiable delay. He sits down and writes a stiff letter demanding delivery by certain date and does not embark on litigation until this demand has been ignored by the seller.“

Šis procesas yra slepiamas ir teismų praktikoje. Jeigu sutartyje nesusitarta dėl „esminio“ sutarties sąlygų įvykdymo laiko, šalis turi teisę skolininkui nustatyti terminą sutarčiai įvykdyti. Jei šis terminas, teismo nuomone, yra protingas, jo pabaiga pripažįstama kaip *of the essence of the contract* su išvada, kad terminui pasibaigus nesėkmingai kreditorius sutartį gali traktuoti kaip pasibaigusią (ir pagal aplinkybes reikalauti atlyginti nuostolius).

Palyginkime *Stickney* v. *Keeble* [1915] A.C. 386; *Rickards (Charles) Ltd.* v. *Oppenhaim* [1950] 1 K.B. 616. Palyginkime ir amerikiečių sprendimus byloje *O'Brien* v. *Bradulov* 80 N.E. 2d 685 (Ohio, 1948); *Sliter* v. *Creek View Cheese Factory*, 173 Wis. 137, 179 N.W. 745 (1920) ir *Williston* 852 str.

Specialią grupę bendrojoje teisėje sudaro išankstinio sutarties pažeidimo *(anticipatory breach of contract)* atvejai. Iš esmės šalis savo teises, atsiradusias dėl sutartinių įsipareigojimų neįvykdymo, gali realizuoti tik po to, kai yra pasibaigęs šių įsipareigojimų įvykdymo terminas. Tačiau jei šalis jau prieš šį terminą aiškiai leidžia suvokti – nedviprasmišku pareiškimu ar konkliudentiniais veiksmais, kad ji nemano sutarties įvykdyti, kita šalis gali ją tarsi „sulaikyti" nuo tokių veiksmų ir juos įvertinti kaip sutarties pažeidimą, o sutartį nagrinėti kaip pasibaigusią ir reikalauti atlyginti nuostolius dėl neįvykdymo. Tačiau tai jai *neprivaloma*: ji gali išlaukti prievolės įvykdymo termino baigties ir tik tada pareikšti reikalavimą atlyginti nuostolius.

Jeigu sužadėtinis pažada jaunai merginai ją vesti po savo tėvo mirties, ji gali, jei sužadėtinis be priežasties atsisako sužadėtuvių, tuojau pat pareikalauti atlyginti nuostolius; jai nereikia laukti sužadėtinio tėvo mirties; palyginkime *Frost* v. *Knight* (1872) L.R. 7 Ex. 111. Tačiau viena sutarties šalis gali būti suinteresuota išlaikyti sutartį, nepaisant kitos šalies delsimo ją įvykdyti, iki prievolės įvykdymo laiko; taip, pvz., buvo *White & Carter (Councils) Ltd.* v. *McGregor* [1962] 2 W.L.E. 17 byloje. Žinoma, šiais atvejais sutarties šalis atsako už tai, kad sutartis tuo tarpu dėl kitos priežasties, pavyzdžiui, dėl kliūčių, atleidžiančių šalį nuo sutartinių įsipareigojimų įvykdymo, taps neįvykdoma. Jeigu minėtu atveju sužadėtinė būtų nusprendusi, kad reikalavimas atlyginti nuostolius bus pareikštas po tėvo mirties, jos reikalavimas, susijęs su jos senėjimu ir su tuo susijusių šansų ištekėti mažėjimu, būtų didesnis, – ji rizikuotų, kad sužadėtinis mirs anksčiau tėvo ir dėl to ji visiškai praras reikalavimo teises dėl nuostolių atlyginimo. Palyginkime pagal šią taisyklę nuspręstą *Avery* v. *Bowden* (1855) 5 E. & B. 714, 119 Eng. Rep. 647 bylą: šiuo atveju kažkas išsinuomojo laivą, tačiau netrukus sutartį vykdyti atsisakė. Vis dėlto savininkai laivą sutartą terminą laikė nuomininko žinioje. Tuo metu prasidėjo Krymo karas, ir užsakomoji sutartis nebūtų galėjusi būti įvykdyta, nors nuomininkai sutartį būtų pasiruošę įvykdyti. Ši aplinkybė išnaudota savininkų nenaudai: jų ieškinys dėl priteisimo sumokėti sutartinį atlyginimą buvo atmestas.

Skolininko pareiga atlyginti nuostolius pagal bendrąją teisę jokiu būdu nepriklauso nuo to, dėl kokių priežasčių jis neįvykdė ar netinkamai įvykdė savo sutartinį pažadą. Pirmiau Anglijos teismų praktika skolinininką griežtai laikė prie savo duoto pasižadėjimo ir atkreipė dėmesį į atleidimo nuo atsakomybės už neatsargų įsipareigojimų pažeidimą galimybę. Pagal bylos *Paraline* v. *Jane* (1647), Aleyn 26,82 Eng.Rep.897 sprendimą nuomininkas nesutiko su ieškiniu sumokėti nesumokėtą nuomos mokestį, nes nuomos laikotarpiu iš žemės sklypo jį smurtu išvarė užsienio kunigaikščio daliniai. Šis prieštaravimas buvo atmestas:

When the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract.

Šį absoliutaus pririšimo prie sutartyje duoto įsipareigojimo principą Anglijos teismų praktika XIX a. sumažino ir įtvirtino tam tikrų išimčių. Viena iš šių išimčių apibrėžia atvejus, kai vokiečių teisininkas kalbėtų apie „pradinį negalimumą". Svarbus sprendimas šioje srityje yra *Couturier* v. *Hastie* (1865) 5 H.L.C. 673, 10 Eng.Rep. 1065 byla: šiuo atveju kalbama apie konkrečiame garlaivyje sukrautų grūdų pirkimą, kai šalys nežinojo, jog jau sutarties sudary-

mo metu prekė buvo sugadinta, o kapitonas veikė verčiamas aplinkybių. Ieškinys dėl pirkimo kainos priteisimo buvo atmestas, nes teismas vadovavosi nuomone, kad šalys nebūtų sudariusios sutarties, jeigu visos aplinkybės, egzistavusios jos sudarymo metu, būtų buvusios žinomos. Vėlesniuose Anglijos teismų sprendimuose panašūs atvejai buvo vertinami kaip klaidos. Todėl buvo laikoma, jog sutartis dėl *common mistake* (bendros klaidos) apskritai neįsigaliojo. Atsižvelgiant į šiuos sprendimus bei Prancūzijos CK 1601 straipsnį, Anglijos Prekių pirkimo ir pardavimo įstatyme buvo įtvirtinta tokia nuostata:

Where there is a contract for the sale of specific goods and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract was made, the contract is void. Palyginkime istorinę Anglijos teisės raidą *Rheinstein*, ten pat, p. 183 ir kt. Ta pati nuostata randama Vieningo komercinio kodekso 2–613 straipsniuose. Tačiau angloamerikiečių teismų praktika nuolat rūpestingai tikrina, ar esant protingam sutarties aiškinimui nebūtų galima iš jos turinio padaryti išvados, kad viena šalis perėmė savo įsipareigojimo įvykdymo galimybės riziką. Palyginkime *Corbino* 1326 ir kituose straipsniuose cituotus amerikiečių sprendimus ir australų bylą *McRae* v. *Commonwealth Disposals Commission* (1950) 84 C.L.R. 337.

Tam tikromis sąlygomis skolininkas atleidžiamas nuo atsakomybės ir tais atvejais, kai sutartinių įsipareigojimų įvykdymo kliūtys atsiranda *po sutarties sudarymo.* Tai teismų praktika akceptuoja, jeigu sutarties įvykdymas daro prielaidą tam tikro daikto tolesniam gyvavimui, tačiau šis daiktas prieš įvykdymui nustatytą laiką atsitiktinai žūva. Šiais atvejais vokiečių teisininkas kalbėtų apie „posutartinį (faktinį) negalimumą“.

Precedentas buvo sukurtas sprendimu *Taylor* v. *Caldwell* (1863) 3 B. & S.826, 122 Eng.Rep. 309 byloje: šiuo atveju ieškovas iš atsakovo išsinuomojo muzikos salę, kad iš eilės galėtų surengti keturis koncertus. Prieš pirmąjį koncertą salė per atsitiktinumą sudegė. Ieškinys dėl nuostolių, kurie atsirado neįvykus koncertams, atlyginimo buvo atmestas, ir ne todėl, kad nuomotojui tapo neįmanoma įvykdyti sutartį ne dėl jo kaltės (taip būtų argumentuota Vokietijoje, remiantis Vokietijos CK 275 straipsniu), bet todėl, kad nuomos sutartis pagal protingą jos aiškinimą turinti preziumuojamą susitarimą *(implied condition)*, pagal kurį

the parties shall be excused in case... performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor. Howell v. *Coupland* (1874) byloje šis principas panaudotas pirkimo ir pardavimo sutarčiai: buvo parduota 200 tonų bulvių, kurias pardavėjas turėjo pristatyti iš konkretaus būsimo derliaus lauko. Dėl bulvių ligos derlius sumažėjo iki 80 tonų. Pirkėjo ieškinys dėl 120 tonų nepristatymo buvo atmestas. Šį principą taip pat perėmė ir Prekių pirkimo ir pardavimo įstatymas: *Where there is an agreement to sell specific goods and subsequently the goods, without any fault on the part of the seller or buyer, perish before the risk passes to the buyer, the agreement is avoided* (žr. 7).

Čia vėlgi turime skirti atvejus, kai sutartį iš esmės yra įmanoma įvykdyti, tačiau jau po jos sudarymo atsiranda nenumatytų aplinkybių, pavyzdžiui, valiutos kurso kritimas, streikas, jūros kelio ir sienos uždarymas, kurie sutarties šaliai smarkiai apsunkina jos įvykdymą arba žlugdo apsikeitimo tam tikrais veiksmais galimybes. Šie atvejai bus nagrinėjami kitame skirsnyje (37 str.).

V.

Peržiūrėjus nagrinėtą medžiagą pirmiausia kiltų klausimas, ar, atsižvelgiant į iš esmės skirtingus dogmatinius išeities taškus, rastus sprendimus apskritai yra įmanoma vieną su kitu lyginti. Žinoma, teisinga, kad nagrinėtame problemų rate išeities dogmos viena nuo kitos skiriasi ir kad kiekviena teisės sistema naudoja techninius pasakymus, kurie niekur kitur negali tikėtis pripažinimo. Jeigu kontinento teisininkui sakoma, kad bendroji teisė kiekvieną sutartinį įsipareigojimą suvokia kaip garantiją, jam iš tiesų turi susidaryti įspūdis, tarytum jis, teisiškai pasižiūrėjus, įžengia į kitą pasaulį. Kita vertus, anglui bus sunku išaiškinti, kad sutarties sąlygų neatitinkančių prekių pristatymas bendrąja taisyklių prasme nereiškia sutarties pažeidimo. Vokietijos teisė, vartodama „negalimumo“, „delsimo“ ir „pozityvaus reikalavimų pažeidimo“ sąvokas, skiria savarankiškus sutarties pažeidimo būdus, ir mūsų neturėtų stebinti tai, kad šitiems atskyrimams užsienyje plojama saikingai, o Prancūzijos CK nuomonė, kad šalys tik teismo sprendimu gali būti atleidžiamos nuo sutartinio ryšio, tiek Vokietijos teisinėje erdvėje, tiek bendrojoje teisėje susiduria su mažesne abipuse meile.

Kita vertus, Treitelis savo puikiame straipsnyje *International Encyclopedia of Comparative Law* (VII tomas, 16 skyrius; visas pavadinimas – *Remedies for Breach of Contract* 1988 metais išleistas kaip knyga) daugelyje vietų parodė, kad nors kontinentinės teisės sistemos ir bendroji teisė labai dažnai vadovaujasi skirtingomis išeities pozicijomis, tačiau dėl daugybės įvairių išimčių bei apribojimų minėti skirtumai jau seniai nėra tokie dideli, kaip iš pirmo žvilgsnio mums galėjo atrodyti. Kad tokių skirtumų yra, negalima neigti. Tačiau dažnai juos galima paaiškinti tuo, kad Anglijos teismai labiau nei kontinento turi reikalų su laivininkystės teisės, tarptautinės produktų prekybos, parkų statybos ar finansinių paslaugų teikimo ginčais. Kad tokiuose ginčuose pučia vėsesnis ir griežtesnis oras, ir senas konfliktas tarp teisingumo atskiroje byloje ir teisinio saugumo spendžiamas paskutiniojo naudai – dėl to nereikia stebėtis.

Žinoma, šie skirtumai gali ir sušvelnėti. Tai rodo tarptautinio prekių pirkimo ir pardavimo sutarčių teisės suvienodinimas.

Po dešimtmečius trukusio paruošiamojo darbo, kai Ernstas Rabelis suvaidino svarbų vaidmenį (plg. apie tai Leserio veikale: Einleitung zu *Rabel*, Rinktiniai straipsniai III [1967]), Hagos konvencija pirkimo teisės suvienodinimui 1964 metų balandį priėmė „Vieningą įstatymą apie tarptautinį kilnojamųjų daiktų pirkimą“ ir „Vieningą pirkimo ir pardavimo sutarčių sudarymo įstatymą“. Abu įstatymus ratifikavo tik kelios valstybės, kaip antai: Italija, Vokietija, Belgija, Didžioji Britanija ir Olandija. Kadangi ruošiant Hagos įstatymus trečiojo pasaulio šalys ir (tuo metu) socialistinės šalys visai nedalyvavo, o Jungtinės Amerikos Valstijos – tik paskutiniąją minutę, nebuvo galima tikėtis, kad, remiantis šiuo pagrindu, bus pasiektas visuotinis tarptautinio prekių pirkimo ir pardavimo teisės suvienodinimas. Todėl 1966 metais *U.N. Commission on International Trade Law* (UNCITRAL – Jungtinių Tautų tarptautinės prekybos teisės komisija) akceptavo pirkimo ir pardavimo teisės suvienodinimą. Kadangi komisija galėjo vadovautis Hagos pirkimo ir pardavimo teise, darbas buvo baigtas gana greitai. 1980 metais Jungtinių Tautų sušauktoje konferencijoje Vienoje, kurioje dalyvavo 62 valstybės, priimtas susitarimas Dėl tarptautinio prekių pirkimo ir pardavimo sutarčių, kuris iš esmės yra sutrumpinta Hagos pirkimo ir pardavimo konvencijos redakcija.

Šį susitarimą tuo metu ratifikavo apie 40 valstybių (1994 metų duomenys), ir tik laiko klausimas, kol bemaž visi pasaulio teismai pirkimo ir pardavimo sutartims naudos tas pačias taisykles. Apie *UN – Kaufrecht* (Tarptautinės prekybos teisės konvenciją) palyginkime *Caemmerer/Schlechtriem*

(leidėjas), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1995); *Honnold*, Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention (1991); *Bianca/Bonell* (leidėjas), Commentary on the International Sales Law (1987).

Šiuo atveju Tarptautinės prekybos teisės konvencija įdomi pirmiausia tuo, kad po intensyvių lyginamųjų studijų buvo suformuluotos sutarties pažeidimo taisyklės, kuriomis pavyko „daug vieningiau išspręsti savitumus, kurie šalių teisės sistemose užsiliko iš įvairių atgyvenusių epochų, be kokių nors nuostolių ir nepaprastai panašiai" (*Rabelis,* žurnale: RabelsZ 9 [1935] 6). Be kita ko, paskutiniaisiais metais paruoštos vieningos taisyklės apie sutarčių sudarymo teisę, kurios orientuojasi ne tik į tarptautines prekių pirkimo ir pardavimo sutartis, bet ir į visas sutartis apskritai. Šios taisyklės niekur nėra įtvirtintos kaip galiojanti teisė. Todėl jos naudojamos tik kaip *lex contractus*, taigi tik tada, kai šalys susitarė, jog jos sutarčiai yra esminės. Tačiau ir jas parengė teisininkai iš kitų šalių, naudodami lyginamąjį teisės metodą.

Tuo pačiu kalbama apie Tarptautinio privatinės teisės unifikavimo instituto Romoje (UNIDROIT) parengtus ir 1994 metais išspausdintus *Principles of International Commercial Contracts* (Tarptautinių komercinių sutarčių principus). Palyginkime *Bonell*, Un „Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti (1995, su išsamia bibliografija). Toliau *European Commission of Contract Law* (Europos Sąjungos sutarčių teisės komisija) neseniai pateikė *Principles of European Contract Law* (Europos Sąjungos sutarčių teisės principus); palyginkime *Lando/Beale* (leidėjas), Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies (1995). Palyginkime ir *Schlechtriem*, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZeuP (1993) 217; *Hartkamp*, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, Eur.Rev.P.L. 2 (1994) 341; *Zimmermann*, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477.

Todėl yra daug medžiagos, kuri parodo, kad egzistuoja platus tarptautinis konsensusas taisyklėms, susijusioms su atsakomybe dėl sutarties pažeidimo. Apie tai turi būti kalbama kitame skirsnyje; kartu bus parodoma, kokių reformų reikia Vokietijos teisei, jeigu ji nenori prarasti ryšio su bendra Europos teisės raida.

VI.

Įgimtą Vokietijos civilinio kodekso ydą parodo netikęs sutarties pažeidimų atvejų suskaldymas, pagal kurį skiriamos įvairios negalimumo ir uždelsimo formos. Kad ši taisyklė turi spragų, įtikinamai rodo „pozityvaus prievolės pažeidimo" institutas, kurį teismų praktika turėtų suteikti kaip rezervuarą įstatymų leidėjo neaptartoms sutarties pažeidimo formoms. Tačiau šios civilinio kodekso taisyklės savo apsukriuose atskyrimuose yra nenusisekusios. Jei kalbėtume apie *uždelsimą*, niekas neabejoja, kad įvykdymo uždelsimo atveju privalėtų būti parengtos konkrečios specialiosios taisyklės, nes čia, kitaip nei jau esančio įsipareigojimo negalimumo atveju, kyla klausimas, iki kada kreditorius turi priimti pavėluotą įsipareigojimo įvykdymą ir reikalauti atlyginti nuostolius, atsiradusius dėl prievolės įvykdymo uždelsimo. Tokių specialių nuostatų labai reikia, tačiau jos labai menkai pateisina dogmatišką sutarčių pažeidi-

mo formos *uždelsimas* atskyrimą. Lygiai taip pat mažai įtikina tai, jeigu Vokietijos teisė *negalimumo teorijos* srityje Vokietijos CK 306 straipsnyje sukuria savarankišką *objektyviai negalimam* įsipareigojimui skirtų sutarčių kategoriją, šias sutartis paskelbia niekinėmis ir daro reikalingas tuo, kad pradines įsipareigojimų kliūtis skiria nuo posutartinių, o esant pradinėms kliūtims – objektyviai negalimas nuo subjektyvaus neįmanomumo. Jeigu skolininkas neįvykdo sutarties, klausimas, ar jis už tai privalo atsakyti, nepriklauso nuo to, ar jis jos negalėjo įvykdyti jau sudarant sutartį, ar tik vėliau ir ar pirmuoju atveju tik jis arba kas nors kitas pasaulyje nesugebėjo įvykdyti įsipareigojimo. Lemiamas klausimas visais šiais atvejais yra toks pat: klausiama, ar aplinkybė, kuri užkerta kelią įsipareigojimo įvykdymui, sukelia įvykdymo uždelsimą, ar įsipareigojimas šiaip pasirodo neatitinkantis sutarties, ir priskiriamas prie tų, kurie pagal sutarties tikslą ir prasmę, o ypač atsižvelgiant į sandorio dalyvių nuomonę, tenka skolininko rizikai. Jeigu sutinkama su šiuo principu, kelias vieningai sutarties pažeidimo sąvokai, kuri priešpriešinama lygiai tokiai pat vieningai kliūties, atleidžiančios nuo pareigos vykdyti sutartinius įsipareigojimus, sąvokai, yra laisvas.

Bendras *kliūties, atleidžiančios nuo pareigos vykdyti sutartinius įsipareigojimus* apibrėžimas, kurį ką tik pateikėme, nukrypsta nuo kontinentinės teisės plačiai vartojamų samprotavimų. Vokietijos teisinėje erdvėje galioja vadinamasis *Verschuldensprinzip* (kaltės principas). Pagal jį sutarties šalis gali būti atleista nuo atsakomybės už sutarties pažeidimą, jei ji įrodo, kad ėmėsi visų priemonių, kurių būtų ėmęsis protingas žmogus analogiškoje situacijoje. Prancūzijos teisė, šiaip ar taip, yra griežtesnė tuo atveju, kai skolininkas privalo įvykdyti *obligation de resultat*. Šiuo atveju jis turi įrodyti, kad neįvykdymas remiasi *force majeure* arba *cas fortuit*. Dar griežtesnė yra bendroji teisė: ji vadovaujasi nuomone, kad skolininkas garantuoja sutarties įgyvendinimą. Bendroji teisė, kaip jau matėme, šią nuomonę siaurina įvairiais būdais, nustato ribas kitaip nei kontinente, ir neklausia, ar trukdanti įsipareigojimą vykdyti kliūtis atsirado dėl kaltės, o klausia, ar pagal sutarties prasmę ši kliūtis taip pat priklauso skolininko rizikai. Žinoma, ir šiuo atveju primygtinai turi būti nurodoma tai, kad, nepaisant skirtingo teorinio pagrindo, praktika vistiek pasiekia tokį pat rezultatą (plg. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Chapter II: Fault). Paaiškėjo, kad Vokietijos teismų praktika nenusisekusias Vokietijos CK 306 straipsnio taisykles apeina tuo, kad *negalimumo* pareiškimą ji aiškina kaip garantijos perėmimą. Esant *pirminiam nemokumui* skolininkas *nuolat* traktuojamas kaip savo įsipareigojimo negalimumo garantas. Jei kalbame apie *posutartines* kliūtis, trukdančias įsipareigojimą įvykdyti *rūšiniais požymiais apibrėžtų daiktų* apyvartoje, tiek kontinente, tiek bendrojoje teisėje daroma prielaida, kad įsipareigojęs asmuo savo sutartiniu pareiškimu leidžia suprasti, kad kiekvienu atveju jis laiku sugeba parūpinti pažadėtus rūšiniais požymiais apibrėžtus daiktus. Jeigu skolininkui pažadėto *individualiais požymiais apibrėžto daikto* pateikimas vėliau tampa neįmanomu, bendroji teisė, priešingai, pripažįsta, kad nekaltas tokio daikto žlugimas nėra įtrauktas į įsipareigojimu prisiimtą garantiją. Taigi jeigu skirtingi išeities taškai iš esmės veda prie tų pačių rezultatų, lyginamosios teisės tyrėjas turi pasirinkti, kurį iš jų jis mano esant tinkamą. Mums atrodo, kad bendrosios teisės tyrėjas nusipelno pirmenybės. Šiuolaikiniame pasaulyje, orientuotame į greitą ir netrukdomą plačiai standartizuotų mainų santykių sutvarkymą, vidinė gyvenimo santykio prasmė sąvokoje „sutartis“ atskleidžiama geriau, jeigu sutarties šalių pareiškimuose įtvirtintas ne tik pasižadėjimas, kad kiekvienas pagal savo jėgas sieks įgyvendinti pažadėtą sėkmę, bet ir jeigu, kas teisės politiniu požiūriu būtų sveikiau, šis pasižadėjimas iš esmės bus suvokiamas kaip atitinkamos garantijos perėmimas.

Tokia yra Tarptautinės prekybos teisės konvencijos pozicija. Pvz., pardavėjas pagal 30 straipsnį pasižada pirkėjui pateikti sutarties sąlygas atitinkančias prekes (kartu su lydimaisiais dokumentais) ir perleisti jam nuosavybės teisę. Jeigu pardavėjas neįvykdo šio 31–44 straipsniuose aprašyto įsipareigojimo, t.y. pateikia sutarties sąlygų neatitinkančias prekes (nėra jokio skirtumo, ar joms trūksta pagal sutartį susitartos, įprastam naudojimui reikalingos ar „užtikrintos" savybės, ar apskritai kalbama apie *aliud*) arba pristato jų per daug arba per mažai, per vėlai arba per anksti, arba ne į tą vietą, arba šiaip kitu netinkamu būdu – kiekvienu atveju turime sutarties pažeidimą, kuris pirkėjui suteikia teisę įgyvendinti 45 straipsnyje išvardytas teises, ypač reikalauti atlyginti nuostolius. Taigi nepriklausomai nuo to, ar įsipareigojimą įvykdyti trukdanti kliūtis atsirado prieš, ar po sutarties sudarymo ir ar ji veikė tik pardavėjui, ar visiems pasaulyje. Lygiai tiek pat mažai svarbu, ar sutarties neįvykdymas arba netinkamas įvykdymas gali būti susietas su pardavėjo kalte. Tarptautinės prekybos teisės konvencija žino tik vieną vienintelę nuostatą, kuri pardavėją, lygiai kaip atsižvelgiant į aplinkybes ir pirkėją, atleidžia nuo atsakomybės už sutarties pažeidimus: tai yra 79 straipsnio nuostata, pagal kurią šalis neprivalo atsakyti už savo sutartinių pareigų neįvykdymą,

jeigu ji įrodo, kad sutartis neįvykdyta dėl nuo jos nepriklausančių aplinkybių, kurių atsiradimo protingas žmogus negalėjo nurodyti ir sudarant sutartį įtraukti jų į sutarties sąlygas, arba negalėjo numatyti šiomis aplinkybėmis sukeltų padarinių ir jų išvengti arba užkirsti kelią jų atsiradimui.

Šia nuostata norima pasiekti, kad klausimas, ar sutarties šalis privalo atsakyti už įsipareigojimo įvykdymo kliūtis, būtų orientuotas į vieningą kriterijų, būtent – į šalių norimą ir papildomo sutarties aiškinimo keliu suieškotą *rizikos pasidalijimą*. Taigi Tarptautinės prekybos teisės konvencijos pagrindas yra kriterijus, kuris visur nagrinėtose teisės sistemose, nors atsižvelgiant į aplinkybes tik nepastebimai, pripažįstamas svarbiausiu ir lemiančiu teisminės praktikos vienodumą.

Ta pačia sistema vadovaujasi ir UNIDROIT – Tarptautinių komercinių sutarčių principai. 7.1.1 straipsnyje sutartinės pareigos neįvykdymas apibrėžiamas kaip *failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance*. 7.4.1 straipsnyje rašoma, kad *any non-performance gives the aggrieved party a right to damages*, o pagal 7.1.7 straipsnį nuo pareigos atlyginti nuostolius šalis gali būti atleidžiama tuo, kad jai pateikiamas (panašiai kaip Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 79 straipsnyje suformuluotas) įrodymas, įrodantis aplinkybę, atleidžiančią asmenį nuo atsakomybės. Lygiai taip pat Europos Sąjungos sutarčių teisės principai (plg. 3.108 ir 4.501 str.). Vokietijoje siūlymai dėl Vokietijos CK reformos pateikiami panašiai. Vokietijos teisingumo ministerijos suformuluota prievolinės teisės komisija nori *negalimumą*, *uždelsimą* ir *pozityvų prievolės pažeidimą* pakeisti vieninga *pareigos pažeidimo* sąvoka. Žinoma, kalbant apie atleidimą nuo atsakomybės (laikantis Vokietijos CK 279 str.) ir toliau vadovaujamasi kaltės principu. Visgi Vokietijos CK 279 straipsnyje teisėjui turi būti aiškiau nei iki šiol įkalta į galvą, kad skolininkas gali būti atleidžiamas nuo atsakomybės už „pareigos pažeidimą" nesant jo kaltės tik tada, jeigu „nėra nustatyta kitaip, ir iš prievolės turinio ar jos prigimties negali būti daroma kitokia išvada". Vadinasi, teisėjas nuolat privalo savęs klausti, ar sutarties šalis pagal aplinkybes neperėmė garantijos, kad pažadėta paslauga bus atlikta laiku sutartyje numatytomis sąlygomis. Palyginkime baigiamąjį komisijos dėl prievolinės teisės pakeitimo pranešimą (leidėjas: Vokietijos teisingumo ministerija, 1992) p. 32, 121 ir kt.).

Kitas klausimas, ar sutarties besilaikanti šalis gali atsisakyti sutarties dėl to, kad kontrahentas pažeidžia savo pareigą ir nevykdo jam priklausančių įsipareigojimų. *Vokietijos* teisė suteikia kreditoriui teisę pateikti reikalavimus pagal Vokietijos CK 326 straipsnį tik tada, jeigu skolininkas uždelsė atlikti *pagrindinę pareigą* ir jos, nepaisydamas papildomo termino nustatymo, neįvykdo; jei skolininkas pažeidė kitas pareigas, kreditorius gali atsisakyti sutarties ir reikalauti nuostolių atlyginimo dėl neįvykdymo tik tada, jeigu skolininko elgesiu yra keliama grėsmė sutarties tikslui tiek, kad iš kreditoriaus negalima reikalauti laikytis sutarties. Ne kitaip sprendžia ir *Prancūzijos* teisė, jeigu teisėjas privalo patikrinti, ar pareigos pažeidimo *gravite* yra tokios rūšies, kad gali būti paskelbta, jog sutartis nutraukiama. *Anglijos* atskyrimo tarp *condition* ir *warranty* pagrindu yra ta pati mintis: pagal ją sutarties besilaikanti šalis tik tada gali pareikšti apie sutarties nutraukimą, jeigu kita šalis nesilaikė įsipareigojimo, kuris yra *esminis*. Kitu atveju ji gali reikalauti atlyginti nuostolius, tačiau sutarties nutraukti negali. Taigi matome: ta pati problema techniškai išsprendžiama įvairiais būdais, tačiau turinio atžvilgiu – pagal tuos pačius kriterijus.

Tai atitinka Tarptautinės prekybos teisės konvencijos nuostatą, kad sutarties besilaikanti šalis turi teisę sutartį nutraukti, jeigu pareigos pažeidimas yra *esminis* (49 str.1 d., 51 str. 2 d., 64 str. 1 d.). Pareigos pažeidimas yra *esminis*,

> jeigu jis kitai sutarties šaliai turi tokių pasekmių, kad ji iš esmės nepastebi, ko ji pagal sutartį galėtų tikėtis, nebent sutartį sulaužiusi šalis nenumatė tokio rezultato ir protinga šalis tokioje pat pozicijoje šio rezultato, esant panašioms aplinkybėms, taip pat nebūtų numačiusi (25 str.). Lygiai taip pat yra UNIDROIT 7.3.1 str. 2(a) d., ir Europos Sąjungos sutarčių teisės principų 3.103(b) straipsnyje. Pagal UNIDROIT 7.3.1 str. 2(b) d. ir Europos Sąjungos sutarčių teisės principų 3.103(a) straipsnį sutarties nutraukimas turi būti leidžiamas ir tada, jeigu *strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract*, ir jeigu pareigos pažeidimas remiasi ketinimu ar netaktiškumu arba kitai šaliai duoda pagrindo abejoti kontrahento patikimumu. Palyginkime UNIDROIT 7.3.1 str. 2(c) ir (d) d.; Europos Sąjungos sutarčių teisės principų 3.103(c) dalį. Pirmiausia galvojama apie sutartis, kurios, kitaip nei nuolat yra pirkimo ir pardavimo sutartyse, yra ilgalaikės arba lemia šalių bendradarbiavimą visiško pasitikėjimo pagrindu.

Iš išdėstytų minčių išplaukia, kad Tarptautinės prekybos teisės konvencija garantijos daiktų ir teisių kokybei nebesuvokia kaip savarankiškos institucijos, bet ją įtraukia į bendrą sutarties pažeidimų sistemą. Jeigu pardavėjas pristato sutarties sąlygų neatitinkančias prekes arba pirkėjui nesukuria jokios neapsunkintos nuosavybės, pagal Tarptautinės prekybos teisės konvencijos nuostatą sutartį pažeidžia taip, tarytum jis prekės apskritai nepristatė, pristatė ją per vėlai, ne į tą vietą ar šiaip netinkamu būdu. Todėl jis turi atlyginti nuostolius, jeigu pagal Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 79 straipsnį negali įrodyti aplinkybės, kuri atleistų jį nuo atsakomybės. Tai jam įrodyti pavyks retai. Jei jis pats pagamino nekokybišką daiktą, privalės įrodyti, kad tai *raidos klaida;* vadinasi, daiktas sutarties sudarymo metu pagal mokslo lygį ir visuotinai pripažintas technikos taisykles galėjo būti pripažintas be trūkumų. Pardavėjui, kuris brokuotą daiktą pristatė kaip prekybininkas (importuotojas, didmenininkas ar mažmenininkas), pateisinamą įrodymą pateikti kiek lengviau. Tačiau ir jam neužteks įrodymo, jog jis daikto nematė, dėl savo kompetencijos stokos negalėjo jo patikrinti arba turėjo pasitikėti tik savo tiekėjo žiniomis. Savaime suprantama, kad šios taisyklės galioja tiek, kiek pirkėjas sutartimi išsiderėjo savo atsakomybės sušvelninimo.

Ir Vokietijos civiliniam kodeksui buvo pasiūlyta išbraukti ypatingas įstatymines nuostatas apie pardavėjo ir įmonininko „garantiją", ir nekokybiško daikto pateikimą ar nekokybiškos prekės pagaminimą aiškinti *pareigos pažeidimu.*

Ir tuo atveju pardavėjo atsakomybė nebūtų tokia griežta, kaip pagal Tarptautinės prekybos teisės konvenciją; iš tiesų ji būtų ne griežtesnė kaip pagal galiojančią teisę. Nes pardavėjas galėtų, lygiai taip pat, jeigu pagal galiojančią teisę iš jo pareikalautų nuostolių atlyginimo dėl *pozityvaus prievolės pažeidimo*, išsilaisvinti įrodymu, kad jis elgėsi kaip rūpestingas pardavėjas. Nors pagal galiojančią teisę jis atsako griežčiau, jeigu pagal Vokietijos CK 463 straipsnį yra pažadėjęs *savybę*, taigi jo pareiškimai, atsižvelgiant į jo vėlesnį elgesį bei visas aplinkybes, galėtų būti suprasti taip, kad jis perėmė garantiją už tam tikros prekės savybės buvimą (BGHZ 59, 158, 160). Atsisakius Vokietijos CK 463 straipsnio ir priėmus Vokietijos CK 276 straipsnio siūlomą redakciją, būtų pasiektas tas pat rezultatas.

37. ATLEIDIMAS NUO ATSAKOMYBĖS IŠ ESMĖS PASIKEITUS APLINKYBĖMS

Aubrey, Frustration of International Contracts of Sale in Engish and Comparative Law, Int.Comp.L.Q. 12 (1963) 1165; *Berman*, Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade, Col.L.Rev. 63 (1963) 1413; *Dawson*, Effects of Inflation on Private Contracts, Germany 1914-1924, Mich.L.Rev. 33 (1934) 171; *to paties autoriaus*, Judicial Revision of Frustrated Contracts, Jur.Rev. 1982, 86; *Farnsworth*, Disputes over Omission in Contracts, Col.L.Rev. 68 (1968) 860; *Hay*, Frustration and its Solution in German Law, Am.J.Comp.L. 10 (1961) 345; *to paties autoriaus*, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht, AcP 164 (1964) 231; *Igarashi/Rieke*, Impossibility and Frustration in Sales Contracts, Wash.L.Rev. (1967) 445 (Japonijos teisė); *Kegel*, Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln? [mit rechtsvergleichenden Länderberichten], Verhandlung des 40. Deutschen Juristentages, tomas I (1953) 135; *Kegel/Rupp/Zweigert*, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika (1941); *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (1963) [mit rechtsvergleichenden Länderberichten]; *Lesquillons*, Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, D.P.C.I. 1979, 507; *Lorenz*, Contract Modification as a Result of Change of Circumstances, Good Faith and Fault in Contract Law (leidėjas *Beatson/Friedmann* 1995) 357; *McElroy/Williams*, The Coronation Cases, Mod.L.Rev. 4 (1941) 241,5 (1942) 1; *McKendrick*, Force Majeure and Frustration of Contract (1991); *Philippe*, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle (1986); *Posner/Rosenfield*, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, J.Leg.Stud. 6 (1977) 83; *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht (1932) 160 ff.; *Rodhe*, Adjustment of Contracts on Account of Changed Conditions, Scand.Stud.L. 3 (1959) 153; *Savatier*, La théorie de l'imprévision dans les contrats, Études de droit contemporain II (1959) 1; *Schmitthoff*, Frustration of International Contracts of Sale in English and Comparative Law: Report of the Proceedings of the International Association of legal Sciente (Helsinki 1961) 127; *Trakman*, Frustrated Contracts and Legal Fictions, Mod.L.Rev. 46 (1983) 39; *Trei-*

tel, Frustration and Force Majeure (1994; *to paties autoriaus*, Unmöglichkeit, Impracticability und Frustration im anglo-amerikanischen Recht (1991); *Wollach*, The Excuse Defense in the Law of Contracts, Judicial Frustration of the U.C.C.Attempt to Liberalize the Law of Comercial Impracticability, Notre Dame L.55 (1979) 203.

I.

Iš esmės kiekvienas sutarties neįvykdymas, lygiai kaip ir netinkamas įvykdymas, reiškia sutarties pažeidimą, už kurį atsakingas skolininkas. Ši tezė negalioja, jeigu skolininkui įsipareigojimą įvykdyti kliudo aplinkybės, kurių atsiradimas pagal sutartį sudarančiųjų šalių valią nepatenka į jo rizikos sritį. Ankstesniame skirsnyje bandėme parodyti, kad tam tikrais atvejais prievolės įvykdymo *negalimumas*, pagrįstas faktinėmis ir teisinėmis aplinkybėmis, pripažįstamas „kaip kliūtis, atleidžianti nuo įsipareigojimo įvykdymo". Jeigu parduotas individualiais požymiais apibrėžtas daiktas arba prekių atsarga sugadinama be pardavėjo kaltės, arba dėl atsitiktinumo sudega fabrikas, iš kurio turi būti pristatyta parduota prekė, arba trumpam terminui išnuomotą laivą karo tikslams ilgam laikui areštuoja aukšti asmenys, sutarties įvykdymas dėl realių ar teisinių priežasčių tampa neįmanomas; ir kadangi atsitiktinai žuvus prekėms dėl fabriko sugriovimo ar laivo arešto kalbama apie aplinkybes, kurios nepatenka į skolininko rizikos sritį, jis neturi atsakyti už sutarties neįvykdymą. Tačiau kaip traktuoti atvejį, kai dėl sutartyje nenumatytų aplinkybių skolininkui sutarties įvykdymas netampa *neįmanomu*, tačiau jį visgi *apsunkina,* ypač: pabrangimas, dėl kurio sutartimi numatyti priešpriešiniai patenkinimai netenka ekvivalentiškumo? Kaip elgtis tais atvejais, kai šaliai sutarties įvykdymas – tai konkrečios sumos, kurias ji galėtų sumokėti be didelių sunkumų, tačiau to daryti nenori, nes kitos sutarties šalies priešpriešinis patenkinimas dėl vėliau atsiradusių aplinkybių pasikeitimo jai tapo beprasmis *(tikslo sugriovimo atvejai)?*

Jeigu šiuo atveju skiriame aplinkybes, kurios sutartinių įsipareigojimų įvykdymą daro *negalimą,* kurios jį iš esmės apsunkina, ir tokių, kurios sugriauna paslaugų pasikeitimo *tikslą*, turi būti, žinoma, pabrėžta, kad šis atskyrimas yra tvarkomojo bei aiškinamojo pobūdžio ir daro įtaką tik turtinių atvejų grupavimui. Kad visi šie atvejai tarpusavyje yra susiję, gali būti iliustruota tokiu pavyzdžiu.

Trąšų gamintojas su prekybininku sudarė ilgalaikę sutartį, pagal kurią gamintojas įsipareigojo savo fabrike pagamintas specialias, tik tabako augalams naudojamas trąšas prekeiviui eksporto tikslais pristatyti į užjūrio plantacijas: šiuo atveju turėsime *negalimumo* atvejį, jeigu po sutarties sudarymo trąšų fabriką areštuos valstybė arba bus uždraustas trąšų gaminimas, arba priteisiama pristatyti visas trąšas valstybinei eksporto organizacijai. *Ekvivalentiškumo* sutrukdymo atvejį turime tada, jeigu gaminimui reikalingos tam tikros užsieninės žaliavos ir tam tikslui renkami muitų mokesčiai po sutarties sudarymo *exorbitant* (labai) padidinami. Apie *sutarties tikslo* sugriovimo atvejį kalbame tada, jeigu vartotojo šalyje trąšas importuoti draudžiama: šiuo atveju trąšos gali būti gaminamos, ir prekybininkas gali jas nupirkti bei už jas sumokėti, tačiau prekybininko siekiamas ir gamintojui vienintelis suvokiamas sutarties tikslas – būtent trąšų pristatymas į vartotojo šalį nebegali būti pasiektas. Ar gali ir kokia apimtimi šalys fabriko areštu, muitų padidinimu ar importo draudimo paskyrimu gali būti atleistos nuo įsipareigojimų pristatyti ar pirkti trąšas, čia nenagrinėjama. Tačiau svarbu, kad problemos sprendimas priklauso nuo atsakymo į klausimą, kuris *visais atvejais* toks pat: kuri sutarties šalis po sutarties sudarymo pagal tipinę šalių valią perėmė riziką

dėl tų aplinkybių? Jei tai *gamintojas*, kuris atsako už fabriko areštavimą ar savo gamybos išlaidų smarkų padidėjimą, nepaisant šių aplinkybių, privalo pristatyti trąšas; kitais atvejais jis privalo prekybininkui atlyginti nuostolius, kurių šiam atsiranda dėl nepristatymo. *Jei prekybininkas* perėmė riziką už tai, kad prekę bus galima įvežti į vartotojo šalį, jis turi arba pirkti trąšas ir mokėti pirkimo kainą, arba atlyginti nuostolius dėl neįvykdymo. Jei *abi* šalys atsako už aptariamą riziką, *gamintojas* neprivalo pristatyti, o pirkėjas – pirkti; abu praranda galimybę gauti pelną, kuris susijęs su visišku sutarties įvykdymu.

II.

Kontinentinės teisės mokslui jau šimtmečius žinomas klausimas: ar gali būti asmuo atleistas nuo sutartinių pasižadėjimų vykdymo pasikeitus sutarties sudarymo aplinkybėms? Jis randa savo išraišką teorijoje apie *clausula rebus sic stantibus:* pagal ją sutarties tolesnis gyvavimas savo prasme turėtų priklausyti nuo sutarties sudarymo metu esančių aplinkybių tolesnio plėtojimosi. Ši teorija, kurios ištakos yra glosatoriai, per visus viduramžius gali būti stebima iki Grotiuso bei Putendorfo; nuo tada ji buvo priimta 1756 metų *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* ir pirmiausia – 1794 metų Prūsijos žemės teisėje (apie istorinę raidą plg. *Kegel*, ten pat, p. 139 ir kt. bei *Larenz*, ten pat, p. 11 ir kt. su kitais įrodymais).

Prūsijos žemės teisė 377 straipsnyje vadovavosi tuo, kad negalima atsisakyti sutarties įvykdymo dėl *pasikeitusių aplinkybių*, tačiau pridūrė:

Jei tokiu nenumatytu aplinkybių pasikeitimu abi šalys negali pasiekti akivaizdžiai pareikšto ar iš sandorio prigimties išplaukiančio tikslo, kiekviena gali atsisakyti neįvykdytos sutarties (378 I 5 str.). „Jei aplinkybių pasikeitimu visai sužlugdomas akivaizdžiai pareikštas arba savaime suprantamas vienos šalies tikslas, pastaroji gali atsisakyti sutarties, tačiau jei pasikeitimas įvyko jos asmenyje, ji privalo kitai šaliai atlyginti nuostolius“ (378 I 5 str.). Austrijos CK turi panašią taisyklę tik preliminariai sutarčiai. Preliminari sutartis yra privaloma tik tada, „jeigu... aplinkybės tuo tarpu nepasikeitė taip, kad sužlugdomas akivaizdžiai nustatytas ar iš aplinkybių išplaukiantis tikslas“ (936 str.).

Visuotiniame teisės mokyme teorija apie *clausula rebus sic stantibus* neišsikovojo pripažinimo. Ji buvo laikoma per daug nekonkrečia ir nepalankia teisiniam saugumui. Prie to prisidėjo tai, kad ši teorija pateko į prigimtinės teisės kodifikacijų nemalonę, ir tai istorinės teisės mokyklos šalininkams buvo dar vienas pagrindas jos atsisakyti. Tik apie XIX a. vidurį Windscheidas išplėtojo teoriją *apie priešpriešinį patenkinimą*, kuria buvo atsižvelgta į aplinkybių pasikeitimą. Šalis sudaro sutartį, taip manė Windscheidas, tik esant prielaidai, „kad norimas teisinis poveikis turėtų egzistuoti tik esant tam tikroms aplinkybėms“. Šalis nesieja sutarties galiojimo su *spėjamų* santykių padėtimi taip, jog ji savo pareiškimą šiuo požiūriu teikia tik esant vienai sąlygai. Iš to išplaukia, kad, nesant šios prielaidos, sutartis lieka galioti. Tačiau tai neatitinka „pirminės“ sutarties šalies valios, priešingai, nors sutartis formaliai galioja, materialiai ji lieka be pateisinamo pagrindo. Todėl suinteresuota šalis, jeigu trūksta priešpriešinio patenkinimo, iš kitos šalies gali reikalauti sutartį nutraukti. Iš esmės situacija jai atrodo lygiai tokia pati, tarytum ji sutartį būtų sudariusi esant konkrečios „santykių padėties“ *sąlygai,* ir todėl Windscheidas prielaidą iš tiesų gali vadinti *neišplėtota sąlyga*, kuri įsprausta tarp motyvo ir tikrosios sąlygos (Pandektų teisės vadovėlis [1865] 97 str. ir kt.).

Ne visos Windscheido idėjos paliko pėdsaką civiliniame kodekse. Prie jų priskiriama *teorija apie prielaidą*. Ji susiduria su aštria Lenelio (AcP 74 [1889] 213) kritika; jis visiškai pagrįstai prieštaravo tam, kad *prielaida*, kaip tarpinis elementas tarp motyvo ir abipusiai susitartos sąlygos, dėl civilinės apyvartos saugumo negali būti pripažinta. Komisija, sudaryta antrajam Vokietijos CK skaitymui, sekė tuo pačiu, aiškindama, „kad ši teorija kelianti grėsmę apyvartos saugumui" ir turėtų būti bijoma, „kad vertinant skirtumas tarp prielaidos ir motyvo išnyksta ir kad praktika gali klaidingai nuvesti į už sutartinių santykių" ribų esantį motyvo poveikį (Prot. II 690 ir kt.). Todėl Vokietijos civiliniam kodeksui, lygiai kaip ir Šveicarijos kodifikacijoms, sutarčių teisėje trūksta bendros nuostatos apie atsižvelgimą į pasikeitusias aplinkybes.

Atskira taisyklė randama tik Šveicarijos PK. Pagal jį, esant rangos sutarčiai, savininkas privalo statinį pagaminti susitarta kaina ir tuo atveju, jeigu jis turėjo daugiau darbo ir didesnių išlaidų, nei buvo numatyta. Tačiau jeigu ypatingos aplinkybės, kurios negalėjo būti numatytos arba kurios neleido įvykti abiejų suinteresuotų šalių prielaidoms, trukdo darbą užbaigti ar iš esmės jį apsunkina, teisėjas, vadovaudamasis savo vidiniu įsitikinimu, gali patvirtinti kainos pakėlimą arba sutarties nutraukimą (Šveicarijos PK 373 str. 2 d.; plg. ir Prancūzijos CK 1793 str.).

Prasidėjus 1914 metų karui Vokietijos teismų praktika vis dažniau nagrinėdavo bylas dėl aplinkybių pasikeitimo. Įstatymų leidėjo palikta nelaimėje, ji savo jėgomis turėjo rūpintis tinkamais sprendimais. Pirmiausia ji vadovavosi civilinio kodekso pažodiniu tekstu, pagal Vokietijos CK 275 straipsnį prievolę pareikšdama *negalima*, jeigu buvo tik vadinamasis *ekonominio* negalimumo atvejis. Čia išskiriamos dvi sprendimų grupės: vienoje sprendimų grandinėje Imperijos teismas negalimumą mato tame, kad atidėjus veiksmo atlikimą dėl karo, revoliucijos ar transporto sunkumų ir atlikus jį jau pasibaigus atidėjimo terminui, šis veiksmas *vidiniai būtų nagrinėjamas kaip visiškai kitas*, nei tas, kuris yra sulygtas sutartimi.

Tai ypač priimtina atvejais, kai kalbama apie užsienio žaliavų, kurių įvežimas į Vokietiją dėl karo buvo apsunkintas arba visai sustabdytas, pristatymą. Čia Imperijos teismas atleido pardavėją nuo sutarties, jei buvo galima nustatyti, kad „ekonominiai santykiai, kuriems esant bus įvykdytas įsipareigojimas, jau po daugiamečio karo būtų visiškai kitokie, nei jie buvo taikos metu sudarant pirmines sutartis" (RGZ 94, 68, 69 f.; plg. ir RGZ 88, 71, 90, 102 ir RG JW 1919, 717).

Kitoje sprendimų grupėje Imperijos teismas atleido pardavėją nuo sutartinių įsipareigojimų įvykdymo *ekonominio negalimumo* pagrindu, jeigu prekių parūpinimas pagal bylos aplinkybes jam buvo *nepriimtinas*.

Sutarties objekto parūpinimas dėl atsitiktinių dalykų neturi sukelti daugiau sunkumų, kurie gali egzistuoti dėl padidėjusios paklausos arba kur kas didesnių išlaidų, tačiau su nepaprastais sunkumais turi būti susietas tiek, kad šie sunkumai būtų prilyginti negalimumui (RGZ 57, 116, 118 ir kt.). Lašišos pardavėjas atleidžiamas nuo įsipareigojimo įvykdymo, jeigu šiai iš užsienio perkamai prekei dėl karo Vokietijoje nebėra rinkos; tam nekliudo tai, kad iki šiol pardavėjui „tik atsitiktinai ir išimties tvarka ypatingomis priemonėmis ir būdais" pavyko gauti tam tikrus kiekius (RG JW 1919, 499). Jei parduotos prekės dėl karo areštuotos, pardavėjas atleidžiamas nuo įsipareigojimų įvykdymo, jeigu gavimas iš antrų rankų nebuvo vien tik sunkus ir brangus, tačiau apskritai abejotinas. Taip pat negali būti kalbama apie paklausią kainą (RG WarnRspr. 1917 Nr.16). Pirkimo ir pardavimo sutar-

tyse dėl rūšiniais požymiais apibrėžtų prekių pirkimo didmeninėje prekyboje, kurioms būdingas spekuliatyvus bruožas, Imperijos teismas griežtai laikėsi nuomonės, kad pardavėjas, nepaisant smarkaus kainų didėjimo, privaląs dvigubai geriau laikytis sutarties, jeigu tik preke dar yra prekiaujama (RGZ 88, 172; 92, 322; 95,41): „Joks nepaprastas kainos kilimas neatleidžia pardavėjo nuo įsipareigojimo, kol egzistuoja tikra rinkos kaina, kuria prekiaujama tarp pardavėjų ir pirkėjų ir yra parduodamas pakankamas kiekis. Kokia būtų situacija, jeigu prekę pavyktų išvilioti tik atskiru fantastiniu pasiūlymu arba prekes parduotų tik atskiras valdytojas, yra nesprendžiama“ (RGZ 88, 172, 177).

Nors taip buvo nustatyta, kad tik kainos kilimas pardavėjo negali atleisti nuo įsipareigojimų vykdymo, Imperijos teismas šį principą keliuose sprendimuose apribojo. Jeigu sutarties įvykdymas pradinėmis susitartomis sąlygomis dėl infliacinio kainų kilimo sukeltų pardavėjo bankrotą, jam išimties tvarka garantuojamas „prieštaravimas, pagrįstas pavojumi egzistencijai“.

Palyginkime RGZ 100, 134; 101, 79. Panašių samprotavimų rasite žymiajame Šveicarijos „kūdros užtvenkimo sprendime“ (BGE 45 II 386): žemės sklypo savininkas, remdamasis 1827 metais sudaryta ir 1863 metais atnaujinta sutartimi, įsipareigojo išvalyti jo žemės sklype esančią užtvenktą kūdrą už tam tikrą „procentą už vandenį“ ir ją prižiūrėti. 1910 metais, pasikeitus ekonominiams santykiams, išlaikymo išlaidos taip viršijo procentus už vandenį, kad žemės sklypo savininkui visuomeniškai naudinga tolesnė veikla tiesiog reiškė neišvengiamą žlugimą. Šiuo atveju Vokietijos žemės teismas savininką „atleido“ nuo sutarties: tai esą leidžiama išimties tvarka, jeigu „dėl neįprastų ir nenumatytų aplinkybių skolininkui sutarties laikymasis prilygtų ekonominiam žlugimui“. Palyginkime ir BGE 59 II 372, kuriame nebesiorientuojama į nuogąstaujamą ekonominį žlugimą (tai iš tiesų reikštų stipriojo diskriminaciją), bet į tai, ar atlikto darbo trukdymas esąs toks „didelis, krintantis į akis, pernelyg didžiulis“, kad kitos šalies sutarties laikymasis reiškia skolininko prievartos situacijos išnaudojimą. Panašių žemės teismo sprendimų šiuo klausimu daug (BGE 62 II 45, 67 I 300, 68 II 173 ir kritiškai apie tai *Merz*, Berner Kommentar I [1962] Šveicarijos CK 2 str., pastabos 230 ir kt.). Labai panaši į „kūdros užtvenkimo bylą“ yra byla, kurią Vokietijos Aukščiausiasis Teismas sprendė NJW 1959, 2203: ieškovams 1898 metų sutartimi neribotam laikui buvo suteikta teisė išgauti kalio druską atsakovo žemės sklype ir kartu susitarta, kad prieš pradėdami iškasimą atsakovui jie turėtų sumokėti metinius „priežiūros pinigus“, kurių dydis – 1200 Vokietijos markių. Priežiūros pinigai sprendimo (1959) laikotarpiu neginčijamai turėjo tik trečdalį 1898 metų perkamosios galios. Tačiau Vokietijos Aukščiausiasis Teismas šalis laikė susietas sutartimi: ne kiekvienas pusiausvyros santykių pasikeitimas tarp paslaugos ir atsakomosios paslaugos pateisina nukrypimą nuo sutarties sąlygų. „Priešingai, reikia tokio esminio ir lemiamo aplinkybių pakeitimo, kad pradinės sutarties taisyklės tolesnis laikymasis vestų prie neįmanomų, teisėtai ir pagrįstai visiškai nesuderintų išvadų.“ Ši sąlyga šiuo atveju esanti neįvykdyta. Vokietijos Aukščiausiojo Teismo nuomone, situacija pasikeistų, „jeigu ilgalaikiai prievoliniai santykiai reikštų tylų valiutos išslydimą“ (lygiai taip pat BGH NJW 1966, 105 ir NJW 1976, 142). Vokietijos Aukščiausiasis Teismas išimties tvarka leido pakeisti infliacijos nuvertintą piniginį reikalavimą, jeigu skolinga suma skirta kreditoriaus *išlaikymo poreikiams* padengti. Todėl jis įpareigojo darbdavį derėtis su senatvės pensijos, kurią pažadėjo kreditorius, gavėju dėl pensijos pakeitimo, jeigu per paskutinį pensijai nustatyti laiką pragyvenimo minimumas padidėtų daugiau nei 40 procentų (BAG BB 1973, 522 ir BGHZ 61, 31). Tuo tarpu šį teismų praktikos išplėtotą principą pasičiupo įstatymo leidėjas ir įtvirtino jį 1974-12-19 Įstatyme dėl asmenų, dirbusių įmonėje, aprūpinimo senatvėje pagerinimo (plg. šio įstatymo 16 str. ir BAG NJW 1976, 1861 ir NJW 1977, 2370).

Vokietijos teisės mokslas jau seniai bandė išplėtoti bendrą teoriją, kuri teismų praktikoje galėtų tarnauti kaip sprendimų pagrindas. Iš visų bandymų svarbiausias yra Oertmanno išplėtota teorija apie „sandorių pagrindą“. Ji iš esmės vadovaujasi, kaip manė ir Windscheidas, tuo, kad atsižvelgiama į sutarties neįvykdymą dėl pasikeitusių aplinkybių, jeigu sudarant sutartį nuviliami esantys lūkesčiai, įsivaizdavimai ar šalių prielaidos dėl tolesnės pasaulio raidos. Oertmannas išdėsto teoriją, kuri gali būti pavadinta „psichologine“ tik tiek, kad ji orientuojasi į sutarties sudarymo metu empiriškai egzistuojančius šalių sąmonės turinius. Tačiau, kitaip nei Winscheidas, jis reikalauja, kad (vėliau nuviltas) įsivaizdavimas apie būsimą aplinkybių raidą nebūtų vienašališkas to asmens, kuris vėliau bando atsisakyti sutarties, bet kad šis įsivaizdavimas būtų šalims bendras arba kad jį turėtų viena šalis, tačiau sudarant sutartį jis iškiltų aikštėn, o kita šalis suprastų jį ir jam neprieštarautų. Šį bendrą arba, šiaip ar taip, kitos šalies suvoktą ir neišpeiktą „įsivaizdavimą“ Oertmannas vadina *sandorio pagrindu.*

Aišku kaip ant delno, kad Oertmanno teorija negalės būti taikoma svarbiausiais posutartinių aplinkybių pasikeitimo atvejais būtent tada, kai sudarant sutartį šalys protingai *negalėjo* iš anksto numatyti aplinkybių pasikeitimo, taigi tolesnis esamos padėties gyvavimas joms pasirodė esąs savaime suprantamas ir todėl jos neturėjo dingsties sukurti žinomų įsivaizdavimų apie būsimą raidą, kurie, sudarant sutartį, būtų galėję išaiškėti. Tačiau Imperijos teismas nuolat pasinaudodavo „sandorio pagrindo“ teorija; jos naudojami išsireiškimai dar ir šiandien priešinasi Vokietijos Aukščiausiojo Teismo praktikai. Žinoma, reikia saugotis, kad ši aplinkybė nebūtų pernelyg sureikšminama. Ypač kai sutartinių įsipareigojimų įvykdymas pasunkėja dėl nenumatytų aplinkybių, sprendimas gerokai priklauso nuo aplinkybių, ypač nuo to, kiek, atsižvelgdamos į sutarties rūšį, šalys rizikuoja dėl aplinkybių atsiradimo. Bendros teorijos, kaip ir Oertmanno, pagelbsti teismų praktikai tik tiek, kad teismams iš esmės palengvina motyvaciją.

Tai galima parodyti pirmu sprendimu, kuriame Imperijos teismas rėmėsi sandorio pagrindo teorija. Jis nagrinėjo žemės sklypo, kuris sudarant sutartį pardavėjui dar nepriklausė, tačiau buvo tikimasi jį nusipirkti iš savininko – vienos likviduojamos įmonės, kurios veikloje jis dalyvavo – pardavimo atvejį. Susitarta pirkimo kaina atitiko sutarties sudarymo metu esančius rinkos santykius. Tačiau bendrovės likvidavimas užsitęsė ir dėl pinigų nuvertėjimo daug kartų pakilo žemės sklypų kainos. Todėl pardavėjas manė, jog jis nebėra susietas sutartimi, ir Imperijos teismas pardavėjui iš esmės pritarė. Jis vadovavosi tuo, kad „sudarant sutartį šalys reikalavo tolesnio paslaugos ir atsakomosios paslaugos atitikimo“, todėl, Oertmanno nuomone, tapo *sandorio pagrindu.* Žinoma, pardavėjas negalėtų atvirai atsisakyti sutarties; priešingai, „siekiant išvengti sutarties atsisakymo, teisėjas privalėtų padidinti kainą atitinkamai pagal dabartinį pinigų nuvertėjimą“, ir ieškovui pasiūlyti įsigyti žemės sklypą aukštesne kaina. Tik tada, jeigu ieškovas su tuo nesutinka, atsakovas gali atsisakyti sutarties (RGZ 103, 328). Šio sprendimo, kaip atpažįstama sprendimo motyvuojamojoje dalyje, esminė aplinkybė yra ta, kad šiuo atveju kalbama apie individualiai apibrėžto objekto pardavimą, kuriam trūksta spekuliatyvaus momento.

Šitame Imperijos teismo sprendime atsispindi jo žymioji teismų praktika apie revalvaciją. Nuo 1923 metų Vokietijos imperijos teismas, vadovaudamasis Vokietijos CK 242 straipsniu, hipotekiniam kreditoriui suteikė reikalavimo teisę iš sklypo savininko dėl papildomos sumos (viršijančios nominalią hipotekos vertę) sumokėjimo, kuria turėtų būti išlyginamas Vokietijos popierinių pinigų nuvertėjimas (RGZ 107, 78). 1925 metais įstatymų leidėjas perėmė Imperijos teismo minėtą sprendimą ir revalvacijos įstatyme nustatė, kad savininkas praskolintą že-

mės sklypą galėjo padengti tik mokėdamas sumą, kuri atitiko 25 procentus aukso markių hipotekos vertės. Jeigu savininkas dar iki įstatymo įsigaliojimo patenkino hipotekinio kreditoriaus reikalavimus – sumokėjo beverčiais pinigais, esant tam tikroms sąlygoms hipotekinis kreditorius vėl galėjo reikalauti įregistruoti savo reikalavimą hipotekos registre. Tai lėmė žemės sklypo pardavėjo, kuris sklypą perdavė „išlaisvintą nuo hipotekos“, padėties apsunkinimą, kadangi dėl revalvacijos įstatymo įsigaliojimo jis „antrą kartą“ turėjo patenkinti hipotekinį reikalavimą, tik dabar jau mokėdamas auksinėmis markėmis. Čia Imperijos teismas kitame klasikiniame sprendime dėl ieškovo patenkino pardavėjo *reikalavimą dėl kompensavimo*, kuriuo ieškovas pagal bylos aplinkybes prisidėjo prie apmokėjimo išlaidų; jei tam jis buvo nepasiruošęs, pardavėjas galėjo atsisakyti sutarties (RGZ 112, 329; plg. ir RGZ 119, 133). Šiame sprendime buvo naudojamasi teorija apie sandorio pagrindo išnykimą, kuri, kaip paprastai, gali būti vertinama tik kaip sprendimo motyvų „ornamentas“. Panašus sprendimas priimtas vienoje byloje, kurioje pirkimo ir pardavimo sutarties šalys, pasitikėdamos Anglijos svaro, kaip aukso standarto, stabilumu, pirkimo kainą nustatė svarais sterlingų: po to, kai Anglija netikėtai atsisakė aukso standarto, nuskriaustas pardavėjas galėjo reikalauti papildomai kompensuoti patirtus nuostolius, sukeltus nuvertėjimo (RGZ 141, 212; plg. ir RGZ 145, 51).

Po Antrojo pasaulinio karo Vokietijos teismų praktikai iškilo problemų, kokių iki tol ji nebuvo turėjusi: milijonai žmonių paliko savo tėvynę ir turėjo atsisakyti savo egzistencijos pagrindo, butai ir įmonių įrengimai dažniausiai buvo sugriauti, demontavimai ir, ypač Rytų Vokietijos dalyje, nusavinimai padarė savo. Aišku kaip ant delno, kad aplinkybių pasikeitimo įtakos sutarčiai problema teismų praktikoje suvaidino svarbų vaidmenį.

Tačiau teismai iš įstatymų leidėjo gavo tik kuklią pagalbą. 1952-03-26, priėmus Sutartinės pagalbos įstatymą, skolininkas, jeigu jo įsipareigojimai buvo prisiimti prieš 1948 m. birželio 21 dieną (valiutos reformos termino), pateikęs informaciją apie savo turtinius santykius, galėjo prašyti teismo, kad įsipareigojimų įvykdymas būtų atidėtas arba sumažinta jų apimtis; teisėjas privalėjo šį reikalavimą patenkinti, „jeigu iš skolininko negali būti pareikalauta laiku ar visiško įsipareigojimo įvykdymo“.

Likusiose gausiose bylose teismų praktika, kaip ir anksčiau, argumentuoja teorija dėl sandorio pagrindo išnykimo, tačiau ypatingai atsižvelgiama į tai, kad galiausiai lemiamas vaidmuo tenka „atskiros bylos aplinkybėms, vertinant jas pagal sąžiningumą ir teisingumą. Prieštaravimas galimas tik... tada ir tiek, kai griežtas sutarties laikymasis skolininkui dėl pasikeitusios padėties visiškai nepriimtinas“ (OGHZ 1, 62; plg. ir BGHZ 2, 188 ir BGH LM 284 str. BGB Nr.2). Šiuo atveju pagrįstai prieštaraujama, kad tai gali priklausyti ne vien tik nuo to, ar tolesnis šalies susaistymas sutartimi jai yra „priimtinas“, ar ne, nes toks vertinimo būdas nuslepia, kad iš esmės šiuo atveju kalbama apie rizikos padalijimą.

Iš Vokietijos Aukščiausiojo Teismo praktikos šiuo atveju nurodyta tik žymioji „gręžimo plaktuko byla“ (MDR 1953, 282). Ieškovė įsipareigojo pagaminti atitinkamą kiekį tam tikro modelio (jau nebevartojamo) gręžimo plaktukų ir pristatyti juos atsakovei. Ji žinojo, kad atsakovė šiuos gręžimo plaktukus norėjo perparduoti VDR; jai buvo žinoma ir tai, kad gręžimo plaktukai dėl savo rūšies ir savybių galėjo būti parduodami tik ten. Sudarius sutartį išaiškėjo, kad gręžimo plaktukus įvežti į VDR dėl Berlyno blokados padarinių yra neįmanoma. Vokietijos Aukščiausiasis Teismas šiuo atveju pagrįstai vadovavosi tuo, kad esant pirkimo ir pardavimo sutarčiai, lygiai kaip ir rangos sutarčiai, pirkėjas ar užsakovas privalo atsakyti už tai, kad jis prekes gali naudoti taip, kaip buvo suplanavęs. Iš minėtų aplinkybių Vokietijos Aukščiausia-

sis Teismas daro išvadą, „kad abi šalys sutartinai vadovavosi tuo, kad, nepaisant sutarties sudarymo metu esančios blokados, gręžimo plaktukų pristatymas į Rytų zoną numatytu laiku yra įmanomas“. Todėl atsakovo suplanuotas panaudojimo tikslas yra „ne sutarties turinys, o jos pagrindas“. Todėl atsakovė atleista nuo įsipareigojimo pirkti ir apmokėti už gręžimo plaktukus; tačiau sutartis buvo *pritaikyta* prie pasikeitusios situacijos, atsižvelgiant į sąžiningumo ir teisingumo principą taip, kad atsakovei buvo priteista mokėti trečdalį sutartos kainos, kad būtų atlygintos išlaidos, kurios ieškovei atsirado dėl sutarties įgyvendinimo pradžios. Šiam sprendimui galima paprieštarauti. Pirkėjas, kuris prekes perka savo sąskaita ir iš jų perpardavimo tikisi pelno, privalo atsakyti už perpardavimo galimybės riziką. Jei pirkėjas nori pasiekti, kad rizika tektų ne vien tik jam, kaip tai yra būdinga, bet ir jo tiekėjui, jis privalo tai numatyti sutarties turinyje. Žinoma, šiuo atveju jis turi tikėtis, kad tiekėjas savo kainą padidins rizikos priedu. Todėl Šveicarijos Federalinis Teismas panašią bylą pagrįstai išsprendė kitaip. 1939 metų pabaigoje vienas Šveicarijos ginklų gamintojas sudarė sutartį su Prancūzijos vyriausybe ir įsipareigojo jai pristatyti tam tikrus ginklus Prancūzijos armijai. 1940 m. birželio 4 d. jis atsakovei užsakė pagaminti atsargines dalis, kurių reikėjo užsakymui įgyvendinti. Abi šalys žinojo sutarties tikslus ir to meto padėtį Prancūzijos karo arenoje. Kai paliaubos tarp Vokietijos ir Prancūzijos buvo pasirašytos anksčiau nei tikėtasi, ginklų fabrikas sutartį paskelbė įvykdyta. Ieškovė reikalavo atlyginti dėl to atsiradusius nuostolius, ir Šveicarijos Federalinis Teismas jos reikalavimą patenkino (BGE 69 II 139).

III.

Skyriuje apie sutarties pažeidimus matėme, kad Prancūzijos teismų praktika į sutarties šalies prieštaravimą, esą jai dėl nenumatytų aplinkybių atsiradimo labai pasunkėjo sutarties įvykdymas, žvelgė gana santūriai ir kliūtį atlikti įsipareigojimą tik tada pripažino atleidžiančia, jeigu ji negalėjo būti numatyta ir ilgą laiką skolininko įsipareigojimą darė neįvykdomą. Transporto sunkumai, vidaus bei užsienio įvežimo ir išvežimo draudimai, streikai, areštai ir pan. atleidžia skolininką nuo įsipareigojimo įvykdymo tik tada, jeigu jie, atsižvelgiant į bylos aplinkybes, reiškia *force majeure* arba *cas fortuit.*

Šis teismų praktikos griežtumas, ypač po Pirmojo pasaulinio karo, sukėlė daugybę Prancūzijos mokslo bandymų, skirtų tam, kad pasikeitusioms aplinkybėms vienaip ar kitaip būtų suteikta daugiau reikšmės. Šie bandymai, apibendrinti antraštiniu teorijos apie *imprevision* žodžiu, nuėjo skirtingus kelius. *Force majeure* sąvoką imta taikyti ir kitoms kliūtims arba siekiama sušvelninti Prancūzijos CK 1150 straipsnį, kuriame teigiama, kad tik numatomi nuostoliai yra atlygintini. Nurodoma į tai, kad sutartys pagal 1134 str. 3 d. įvykdomos vadovaujantis sąžiningumo ir teisingumo principais *(de bonne foi);* per tikėtinos šalių valios sąvoką (plg. Prancūzijos CK 1156 str.) bandoma įgyvendinti sutarties pakeitimą ir priderinti jos turinį prie pasikeitusių aplinkybių (plg. *Wahl,* pastabos dėl Civ. 1915.8.4, S. 1916/17.1.17). Tam tikrais atvejais buvo naudojamasi ir sena *clausula rebus sic stantibus* teorija, kuri paskelbiama nerašyta teisės norma. Prancūzijos civilinių teismų praktika šen bei ten vadovavosi šiais bandymais, tačiau kasacinis teismas bylose, kurios patekdavo jam, nepalaužiamai laikėsi savo teismų praktikos. Tik *Conseil d'État* (Prancūzijos Aukščiausiasis Administracinis Teismas) nuėjo naujais lanksčiais keliais.

Kasacinio teismo praktika šia prasme apsisprendė jau apie XIX a. vidurį; sprendimai buvo grindžiami šiomis aplinkybėmis: Prancūzijoje egzistavo praktika apsidrausti nuo šaukimo į

karo tarnybą, kuri buvo nustatoma burtais taip, kad draudikas tuo atveju, jeigu draudėjas būtų pašauktas į karo tarnybą, įsipareigodavo pristatyti atsarginį. 1843-04-13 įstatymas šaukimo kontingentą staiga padidino nuo 80 000 iki 140 000. Draudimo bendrovės pareiškė, kad šiuo dvigubu padidinimu panaikinamas jų sutarčių apskaičiavimo pagrindas ir pateikė ieškinį dėl sutarčių nutraukimo. Žemesnių instancijų teismai iš pradžių tvirtai laikėsi seno principo, kad sunkumai ir nenumatyti įvykiai sutarties neveikia, jeigu įvykdymas įmanomas; be to, jie papildomai rėmėsi tuo, kad šios rūšies draudimo sutartys savo prigimtimi yra „rizikingos" (Orleans 1854.5.24, D.P. 1854. 2. 132, patvirtinta Civ.1856.1.9, D.P. 1856. 1. 41). Instanciniuose teismuose nuvilnijo protestų banga prieš griežtą kasacinio teismo praktiką. Buvo išreikšta nuomonė, kad sutarties *base essentielle* nenumatytai visiškai pasikeitė, ir vadovautasi tariama šalių valia arba paprasčiausiai konstatuota, kad padidinto kontingento nustatymas yra *force majeure* atvejis (plg. sprendimus D.P. 1854.2.128 ir kt.). Kasacinis teismas, jei jam patekdavo sprendimai, kuriais buvo nutraukta draudimo sutartis, abejingai juos panaikindavo motyvuodamas tuo, jog šiuo atveju nebuvo absoliutaus negalimumo įvykdyti sutartinius įsipareigojimus (Civ. 1856.1.9, D.P. 1856. 1. 35).

Kitą bandymą, kad pasikeitusios aplinkybės įeitų į Prancūzijos teisę, atrodo, paskutinį iki pasaulinio karo, padarė Aixo Apeliacinis teismas 1873-12-31 sprendimu, kuris labai panašus į šveicarų „užtvenktos kūdros" bylą.

Kalbama apie XVI amžiaus bylą, kurioje viena šalis įsipareigojo statomame kanale už tam tikrą mokestį drėkinti sodus; šis mokestis nuo šiol pasirodė juokingai mažas ir daugiau negalėjo padengti kanalo išlaikymo išlaidų. Tiek civilines bylas nagrinėjantis teismas, tiek Aixo Apeliacinis teismas tinkamai padidino mokestį, motyvuodami tik *équité* (teisingumu). Kasacinis teismas (Civ. 1876.3.6, D.P. 1876. 1. 197, ten pat ir priešinstanciniai sprendimai) panaikino sprendimą ir savo teismų praktiką dar kartą apibendrino sakiniu: *que, dans aucun cas, it n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants.*

Priešingai, Prancūzijos Aukščiausiasis Administracinis Teismas pirmiausia sutartyse su įmonėmis, atliekančiomis viešuosius darbus, paskui su gyvybiškai svarbių įmonių koncesininkais ir sutartyse dėl gyventojų aprūpinimo dujomis, vandeniu bei elektros energija priderinimą prie pasikeitusių aplinkybių pareiškė leistinu. Šios teismų praktikos pagrindas buvo viešas interesas, kuris reikalavo išsaugoti tokias visuomeninio gyvenimo tvarkingai tėkmei reikalingas sutartis. Tai akivaizdžiausiai pasirodė 1916-03-30 (D.P. 1916.3.25) minėto teismo sprendime:

1904-03-08 sutartimi Bordo miestas vienai bendrovei perleido teisę trisdešimčiai metų miesto dalį aprūpinti dujomis ir elektros energija. Už vieną kubinį metrą buvo nustatyta 8 santimų kaina, jeigu dujos naudojamos viešam apšvietimui. Nuo karo pradžios anglies kaina pakilo vidutiniškai nuo 28 iki 117 Prancūzijos frankų už toną. Atsižvelgdama į pasikeitusias aplinkybes bendrovė siekė pakeisti dujų kainą. Kadangi taikiai susitarti nepavyko, ji kreipėsi į administracinius teismus. Pirmoji instancija atmetė pageidavimą, o Aukščiausiasis Administracinis Teismas jį patenkino. Jis paaiškino, kad vykstant karui anglies žaliavos, kurios reikia dujų gamybai, kaina siaubingai pakilo, kadangi priešas laiko užimtas anglingas Vidurio Europos sritis, ir nepaprastai padaugėjo jūros transporto sunkumų. Todėl sutarties ekonominis pagrindas yra visiškai sugriautas. Turėtų būti atrastas sprendimas,

kuris lygiai taip pat tenkintų visuomeninį interesą dėl dujų gamybos privalomo nustatymo, kaip ir ypatingus santykius, kurie nebeleidžia panaudoti pasirašytą sutarties tekstą. Jeigu šalys, remdamosi šiais pagrindais, nesusitaria, teismas privalo patenkinti įmonės tiekėjos reikalavimą pirkėjams dėl kompensacijos priteisimo ir taip kompensuoti jai dalį nuostolių, kurie atsirastų dėl tolesnio sutarties vykdymo (plg. ir *Conseil d'État* 1932.12.9, 1933.3, p. 39 ir 1949.7.15, 1950. 3, p. 61).

Prancūzijos Aukščiausiojo Administracinio Teismo praktika neturėjo esminės įtakos civilinių bylų teismams. Nepriklausomai nuo to, jog egzistavo keletas žemesnės instancijos teismų sprendimų, bendroji situacija visiškai nepasikeitė ta prasme, jog net ir katastrofų atveju asmuo gali būti atleidžiamas nuo prievolinių įsipareigojimų tik esant *force majeure* aplinkybėms; ir tai šiandieninėje Prancūzijoje yra galiojanti teisė.

Palyginkime iš teismų praktikos Civ.1921.6.6, D. 1921. 1. 73; Civ. 1925.11.17, S. 1926. 1. 37 (RabelsZ 2 [1928]; Civ. 1933.11.15, Gaz.Pal. 1934. 1. 68 (RabelsZ 8 [1934] 551); Com. 1950.1.18, D. 1950, 227.

Ši civilines bylas nagrinėjančių teismų pozicija po abiejų pasaulinių karų suponavo būtinumą įsikišti Prancūzijos įstatymų leidėjui. Jau aišku, kad iš esmės yra nepagrįsta, jeigu Prancūzijos teismų praktika privačius teisinius ir viešo pobūdžio sutartinius teisinius santykius čia dominančiu klausimu nagrinėja skirtingai: įstatymų leidėjo intervencija į privačią teisinę sritį rodo, kad ir ten yra teisingai suprastas viešasis interesas, jeigu skolininkas ne visoms aplinkybėms esant bus priverstas sutartį įvykdyti senomis sąlygomis, nepaisant esminio visuomeninių santykių pasikeitimo. Po Pirmojo pasaulinio karo buvo išleistas deputato Failliot vardu pavadintas 1918-01-21 įstatymas, kuris teismams suteikė galimybę nutraukti prieš karą sudarytas tiekimo sutartis ir priteisti nuostolių atlyginimą,

„jeigu nustatyta, kad įvykdymas sutarties šaliai sukeltų nuostolių arba sunkumų, kurie iš esmės yra didesni, nei galima buvo numatyti sutarties sudarymo metu". Panašiai nustato 1949-04-22 įstatymas Dėl sutarčių, sudarytų prieš Antrąjį pasaulinį karą. Be kita ko, paskelbta visaapimanti įstatyminė nuostata Dėl ilgalaikių nuomos ir rentos sutarčių pritaikymo prie karo padarinių. Taip pat pirkimo ir pardavimo sutartyse, skirtose prekybos įmonėms, esant tam tikroms aplinkybėms teisėjas galėjo įsikišti ir atidėti ar sumažinti pirkimo kainą (plg. *Kegel*, ten pat, p. 166 ir kt.).

Verslo praktika iš ribotos Prancūzijos teismų praktikos padarė išvadą, kad dėl karo, streiko ar valiutos išlygų ji daro rizikos padalijimą *expressis verbis*, ir kad ima aktyviai naudotis arbitražų paslaugomis: jiems suteikiama teisė keisti sutartį, atsižvelgiant į posutartines aplinkybes bei sąžiningumo ir teisingumo principus (plg. *David*, p. 13 ir kt.).

Kitos romaniškosios teisės sistemos, išskyrus Belgijos, nesekė prancūzų pavyzdžiu (plg. *Kegel*, ten pat, p. 170). Pirmiausia čia yra paminėtina Italija. 1942 metų Italijos CK 1467 straipsnyje klausimui dėl pasikeitusių aplinkybių poveikio sutarčiai turi nedviprasmišką nuostatą. Pagal ją sutartis, kurios įgyvendinimas yra atidėtas arba prailgintas, arba jeigu ji turi būti vykdoma sistemingai, šalies prašymu teismo gali būti nutraukta, jeigu dėl nepaprastų ir nenumatytų aplinkybių sutarties įvykdymas iš esmės pasunkėja *(eccessivamente onerosa)*. Ši bendra tezė apribojama dviem būdais: sutartis nenutraukiama, jeigu sutarties įvykdymui atsi-

radusios kliūtys gali būti traktuojamos kaip normali sutarties rizika *(nell'alea normale del contratto)*. Be kita ko, sutarties šalis gali išvengti jos nutraukimo, jei pasiūlytų protingai pakeisti sutarties sąlygas.

IV.

Anglų teorija apie pasikeitusių aplinkybių poveikį sutarčiai – *doctrine of frustration of contract* – grindžiama dviem skirtingais šaltiniais, su kuriais jau susipažinome praėjusiame skirsnyje: tai taisyklė *Taylor* v. *Caldwell* byloje. Šiuo sprendimu buvo suformuluotas principas, pagal kurį šalis nebus laikoma susieta sutartiniais įsipareigojimais (ir todėl neprivalės atlyginti nuostolių dėl sutarties pažeidimo), jeigu sutarties įvykdymui būtina pateikti tam tikrą daiktą, kuris, suėjus įsipareigojimo įvykdymo terminui, dėl atsitiktinio įvykio žuvo. Šis principas vėliau praplėstas įvairiomis kryptimis. Jis panaudotas ir tuo atveju, kai pianistė pažadėjo koncertuoti, tačiau koncertą dėl ligos privalėjo atšaukti [*Robinson v. Davison* (1847) L.R. 9 Q.B. 462]. Analogija su *Taylor v. Calwell* byla šiuo atveju buvo ta, kad pianistė dėl peršalimo neteko savybės, kurios tolesnis buvimas iki pasirodymo turėjo esminės reikšmės. Palyginkime ir *Nickoll* v. *Ashton* [1901] 2 K.B. 126 bylą: šiuo atveju buvo parduotas egiptietiškos medvilnės sėklų krovinys, kurį pardavėjas per 1900 sausio mėnesį turėjo iškrauti Aleksandrijoje iš garlaivio „Orlando". Tačiau „Orlando" jau 1899 gruodį nuskendo Baltijos jūroje. Ir šiuo atveju dauguma teisėjų, remdamiesi *Taylor* v. *Caldwell* byla, padarė prielaidą, kad sutartis turi žodžiais neišreikštą sąlygą *(implied condition)* ir pardavėjas yra atleistas nuo įsipareigojimo įvykdymo, *if performance becomes impossible by reason of the particular specified thing – that is, the steamship „Orlando" – ceasing to exist as a cargo-carrying ship without the defendants' default.* Balsų mažumą gavęs teisėjas išnagrinėjo atvejį daug įtikinamiau, jis paklausė, ar netiktų, jeigu punktualaus „Orlando" atvykimo rizika tektų pirkėjui: *pardavėjas* yra tas, kuris išrinko laivą ir, žinodamas savo buvimo vietą, išnuomojo laivą parduotoms prekėms transportuoti.

Taylor v. *Caldwell* bylos taisyklė buvo panaudota žymiosiose „karūnavimo bylose":

Krell v. *Henry* [1903] 2 K.B. 740 byloje ieškovas išnuomojo savo butą atsakovui tą dieną, kai pro jį turėjo važiuoti Edvardo VII karūnavimo procesija. Po to, kai karūnavimo procesija neįvyko, nuomininkas vengė sumokėti nuomos mokestį. Nuomotojo ieškinys buvo atmestas: taisyklė *Taylor v. Caldwell* byloje naudojama tik tais atvejais, *where the performance of the contract becomes impossible by the cessation of the existence of the thing which is the subject-matter of the contract, but also in cases where the event which renders the contract incapable of performance is the cessation or non-existence of an express condition or state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance*. Šiuo atveju šalys savo apsikeitimų raštuose neaiškiai paminėjo sutarties tikslą (karūnavimo procesijos nagrinėjimas). Tačiau teismas galėjo atsižvelgti ir į už sutarties ribų esančias aplinkybes, kad nustatytų sutarties esmę *(foundation of contract)*. Kitoje „karūnavimo byloje", priešingai, daroma prielaida, kad iškilmių atsisakymas *neturėjo* įtakos sutarties galiojimui (*Herne Bay Steamboat* v. *Hutton* [1903] 2 K.B. 683): atsakovas išnuomojo ieškovei laivą konkrečiai dienai, kad ši su smalsuoliais leistųsi paplaukioti ir tą dieną stebėtų įvyksiantį Edvardo VII karinio jūros laivyno paradą bei Spitheade aplankytų apsistojusį Anglijos laivyną. Nors karinio jūros laivyno paradas neįvyko, teismas apskųstą nuomininką laikė susietą sutarti-

mi. Skirtumą su *Krell* v. *Henry* byla galima paaiškinti tuo, kad pastaruoju atveju nuomininkas paplaukiojimą laivu vis dar galėjo įvykdyti ir kartu savo keleiviams parodyti laivyną, taigi sutarties tikslą, nepaisant karinio jūros laivyno parado nebuvimo, iš dalies buvo įmanoma pasiekti. Prie to prisideda tai, kad laivų nuoma buvo ieškovės verslas ir ji laivus laikė paruošusi ištisus metus įvairiems tikslams: šiuo atveju buvo daroma prielaida, kad atsakovo turėtas ypatingas paplaukiojimo laivu tikslas nedomino ieškinį pareiškusios nuomotojos, taigi šis tikslas reiškė tik vienašalį atsakovo motyvą, o ne sutarties esmę abiem šalims. Palyginkime išsamiai dėl „karūnavimo bylų" *McElroy/Williams*, ten pat.

Šiandieninė anglų teorija atsiranda ir iš kitos, jūros teisei priskiriamos sprendimų grandinės. Ištisai kalbama apie bylas, kai laivo savininkas negali laiku ar tinkamoje vietoje pristatyti išnuomoto laivo, nes laivas ne dėl jo kaltės sugadinamas ar laikinai areštuojamas arba uostas, pasiūlytas nuomotojui, dėl karo veiksmų uždarytas. Šiuo atveju kyla klausimas, ar dėl šių įvykių atsiradęs uždelsimas yra toks, kad užsakomoji sutartis protingų verslininkų nuomone turi būti pripažįstama įvykdyta.

Palyginkime *Geipel* v. *Smith* [1872] L.R. 7 Q.B. 404 bylą; *Jackson* v. *Union Marine Ins. Co.* (1873) L.R. 8 C.P. 572; *Dahl* v. *Nelson, Donkin & Co.* (1881) 6 App.Cas. 38.

Abi sprendimų grandis Anglijos teismų praktika nuo Pirmojo pasaulinio karo sujungė į *doctrine of frustration of contract* (doktriną apie negalėjimą vykdyti sutarties). Todėl ji pritaikoma tiek faktinio arba teisinio *negalimumo*, tiek *tikslo sužlugdymo* (plg. *Krell v. Henry* bylą) bei pagaliau tais atvejais, kai aplinkybių pakeitimas taip uždelsia įsipareigojimo įvykdymą arba pakeičia jo turinį, kad sutarties įvykdymas atrodo „radikaliai kitoks", nei jo šalys siekė sudarydamos sutartį.

Palyginkime *Davis Contractors Ltd. v. Fareham* U.D.C. [1956] A.C. 696, 727 ir kt.; *F.A. Tamplin Steamship Co. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co.* [1916] 2 A.C. 397.

Anglijoje ginčijamasi, ar įvardytais atvejais teismo sprendimo pagrindu yra sutarties aiškinimas, ar jis, priešingai, neapima to, kas teisėjui, atsižvelgiant į konkretaus atvejo aplinkybes, atrodo esant protinga ir tinkama. Pirmoji nuomonė, pavadinta *implied term theory* (preziumuojamų sutarties sąlygų teorija), kyla iš *Taylor v. Caldwell* bylos ir yra atstovaujama daugybei vėlesnių sprendimų. Teisėjas privalo patikrinti, ar šalys būtų sudariusios sutartį, jeigu jau sutarties sudarymo metu būtų galėjusios numatyti, jog po sutarties sudarymo atsiras naujų aplinkybių. Lordas *Sumneris Hirji Mulji v. Cheong Yue Steamship Co.* [1926] A.C. 497, 510 byloje pasakė taip:

Frustration ...is explained in theory as a condition or term of the contract, implied by the law ab initio, in order to supply what the parties would have inserted had the matter occurred to them, on the basis of what is fair and reasonable, having regard to the mutual interests concerned, and of the main objects of the contract. Kiti sprendimai kalba apie *presumed common intention of the parties*, palyginkime *Bank Line Ltd.* v. *Arthur Capel & Co.* [1919] A.C. 435, 455 ir *McNair*, ten pat, 143 ir kt. išvardytus sprendimus.

Kita nuomonė teismui suteikia teisę pakeisti arba nutraukti sutartį pagal teisingumo mastelį: *The court imposes upon the parties the just and reasonable solution that the new situation demands.*

Cheshire/Fifoot(-Furmston) p. 571 ir kt. Tarp teisėjų šios nuomonės laikosi *Lordas Wrightas* (palygink *Denny, Moot & Dickson Ltd. v. Fraser* [1944] A.C. 265, 274 ir kt.) ir *Lordas Denningas* (plg. *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht* [1964] 2 W.L.R. 114, 121: *If it should happen, in the course of carrying out a contract, that a fundamentally different situation arises for which the parties made no provision – so much so that it would not be just in the new situation to hold them bound – then the contract is at an end.* – Kiti teisėjai pirmenybę teikia metaforai apie sutarties „pagrindo" panaikinimą. Pvz., *Lordas Haldane'as*, kuris Tamplino sprendime klausia *[whether] the occurrence ...may be of a character and extent to sweeping that the foundation of what the parties are deemed to have had in contemplation has disappeared, and the contract itself has vanished with that foundation* (ten pat, p. 406).

Kuri iš šių formulių naudojama konkrečiu atveju, žinoma, kaip akcentuojama anglų literatūroje, neturi didelės reikšmės. Teisėjas, kuris, atsižvelgdamas į aplinkybių pasikeitimą, paskelbia apie sutarties nutraukimą, nes jį laiko „pagrįstu ir teisingu", gali pasiekti tokį pat rezultatą „sutarties aiškinimo" būdu. Kiekvienu atveju tai priklauso nuo to, ar įvykis, kuris sukėlė aplinkybių pasikeitimą, priklauso tiems, kurie pagal sąžiningos komercinės apyvartos kriterijų priskiriami šalies, bandančios atsisakyti sutarties, rizikos sferai. Kokiu rūpestingumu Anglijos teismų praktika įtraukia ir įvertina visus tinkamus faktus – nesvarbu, ir į kokias teisines sąvokas atrastą išvadą paskui įvelka, – gali parodyti du sprendimai, kuriais teismas patikrino, kaip Sueco kanalo užbaigimas 1956–1957 metais paveikė esamas pirkimo ir pardavimo ar užsakomąsias sutartis.

Tsakiroglou & Co. Ltd. v. *Noblee Thörl GmbH* [1962] A.C. 93 byloje 1956-10-04 sutartimi iš Hamburgo uosto buvo parduota 300 tonų sudanietiškų riešutų po 50 svarų sterlingų už toną. Prekę į Port Sudaną pardavėjas įsipareigojo atgabenti laivu 1956 lapkritį–gruodį. Nuo 1956-11-02 Sueco kanalas dėl karo tarp Izraelio ir Egipto buvo užblokuotas. Pardavėjas būtų galėjęs prekę į Hamburgą pervežti keliu aplink Gerosios Vilties iškyšulį, tačiau tokiu atveju būtų turėjęs mokėti ne 7.10 svaro sterlingų už toną, kaip pervežant Sueco kanalu, o 15 svarų sterlingų. Esant tokioms aplinkybėms jis atsisakė prekių pakrovimo ir sutartį pareiškė nutraukiąs. Sutartyje numatytas arbitražas pirkėjo prašymu priteisė jam atlyginti nuostolius dėl sutarties pažeidimo, kurių dydis 5600 svarų sterlingų, ir arbitražo sprendimą patvirtino teismai – paskutiniosios instancijos Lordų Rūmai. Šiuo atveju esminis samprotavimas buvo tas, kad kalbama apie pirkimo ir pardavimo sutartį, kai pirkėjui visiškai nesvarbu, kokiu keliu pardavėjas prekę atvežtų į Hamburgą: prekės atvykimo laikas į Hamburgą jam visiškai nerūpėjo ir sutartyje nebuvo fiksuotas; transportavimas per Gerosios Vilties iškyšulį taip pat nebūtų turėjęs įtakos prekės kokybei. Priešingai, pervežimo išlaidų padvigubinimui nebuvo skiriama jokio dėmesio.

Lygiai tokią pat išvadą padarė amerikiečių teismas *Transatlantic Financing Corp.* v. *United States* 363 F. 2d 312 (D.C.Cir. 1966) byloje, tačiau kitokią *Carapanayoti & Co. Ltd.* v. *E.T. Gree* [1959] 1 Q.B. 131 byloje, o teisėjas McNairas panašioje byloje, esant ryškiems karo įvykių prisiminimams – pasiekė priešingų išvadų.

Sunkesnis atvejis *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht* [1964] 2 W.L.R. 114 byloje. Šiuo atveju ieškovė 1956 rugsėjį atsakovei išnuomojo laivą kelionei iš Genujos per Juodosios jūros uostą į Indiją taip, kad atsakovės mokamas atlyginimas turėjo būti sumokėtas po kelionės. Sudarant sutartį šalims buvo aišku, kad Sueco kanalas galėtų būti uždarytas, tačiau jos nekreipė į tai dėmesio, o sutarė dėl to, kad blogiausiu atveju „reikalą turėtų sutvarkyti teisininkai". Apeliacinis teismas, be kita ko, turėjo nuspręsti, ar užsakomoji sutartis buvo nepagrįsta dėl to, kad laivas po krovinio paėmimo Odesoje pakeliui į Indiją negalėjo perplaukti kanalo. Lordas Denningas savo skaitytiname votume pirmiausia paneigė paplitusią nuomonę, pagal kurią *doctrine of frustration* (numatytų ketinimų sužlugdymo doktrina) yra naudotina tik vienam *nenumatytam* aplinkybių pasikeitimui. Paskui jis patikrino, ar dėl kanalo uždarymo pasikeitusi situacija atsakovei suteikė teisę užsakomąją sutartį nutraukti. Į šį klausimą atsakoma teigiamai tik tada, jeigu atsakovė dėl kelionės būtinumo aplink iškyšulį pateko į situaciją, kuri, palyginus su sutarties sudarymo metu pavaizduota situacija, yra *fundamentally different* (iš esmės skirtinga). Tai buvo paneigta: kelionė iš Genujos iki paskutinio uosto Indijoje būtų trukusi 138 dienas (vietoj įprastų 108 dienų) ir atsakovei būtų atitinkamai brangesnė. Tačiau laivas ir komanda aplink iškyšulį būtų galėję nuplaukti be nuostolių: esant toms aplinkybėms neužteko kelionę pailginti ir pabranginti, kad atsakovė būtų atleista nuo sutartinių įsipareigojimų įvykdymo. Ir šiuo atveju žemesnės grandies teismai panašiose bylose nusprendė kitaip: palyginkime *Societe Franco-Tunesienne d'Armement* v. *Sidermar S.p.A.* [1961] 2 Q.B. 278.

Jungtinėse Valstijose skiriami atvejai, ar pasikeitusios aplinkybės sutartinių įsipareigojimų įvykdymą daro neįmanomą arba iš esmės apsunkina *(impracticability)*, arba ar šios aplinkybės sutartinių įsipareigojimų įvykdymą daro beprasmį ir netikslingą *(frustration)*.

Prie pirmos bylų grupės priskiriamos ne tik situacijos, kai skolininkui įsipareigojimo įvykdymas yra absoliučiai neįmanomas – išnuomota koncertų salė sudega, parduotas atskiras egzempliorius prieš rizikos perėjimo momentą sunaikinamas, tačiau ir tokios, kai skolininkas gali atlikti sutartinius įsipareigojimus, tačiau jų įvykdymas dėl pasikeitusių aplinkybių neįprastai pasunkėja arba pabrangsta. 1981 metų *Restatement Contract 2d* 261 straipsnyje rašoma, kad skolininkas atleidžiamas nuo pareigos įvykdyti įsipareigojimą, jeigu po sutarties sudarymo jo įsipareigojimas

> *is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made.* Visai panašiai Vieningas komercinis kodeksas 2- 615 straipsniuose pirkimo ir pardavimo sutarčių sudarymo institutui nustato, kad delsimas pristatyti prekes arba jų nepristatymas nereiškia jokio sutarties pažeidimo *(breach of contract)*, *if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made.*

Aišku kaip ant delno, kad čia kalbama apie tuščias formules be operacionalaus turinio. Tik tikslus teismų praktikos studijavimas gali mums sudaryti vaizdą to, kokioms aplinkybėms esant skolininkas dėl pasikeitusių aplinkybių atleidžiamas nuo įsipareigojimų vykdymo. Pripažinta, kad vien tik sutartinių įsipareigojimų įvykdymo pabrangimas (atskirai paėmus) dar nesukelia jokio *impracticability* (nepraktiškumo); priešingai, tai priklauso nuo aplinkybių, kurios darė įtaką pabrangimui, ir nuo to, kuriai iš šalių tenka rizika dėl šios aplinkybės atsira-

dimo. Žaliavų kainos svyravimai bendrąja prasme patenka į tos šalies rizikos sferą, kuri sutarties įvykdymui turi parūpinti žaliavų, lygiai taip pat, jeigu planuojamas tiekimo šaltinis dėl nenumatytų aplinkybių išsenka, prekė gali būti parūpinta iš kito šaltinio, nors ir už didesnę kainą. Kas pažada pervežti prekes į konkrečią vietą, lieka susietas sutartimi ir tada, jeigu transportavimas dėl nenumatytų priežasčių turi įvykti ilgesniu ir brangesniu būdu. Kitaip bus tuo atveju, jeigu dėl nepaprastų įvykių, pavyzdžiui, prasidėjusio karo, paskirto embargo, šalį apėmusio nederliaus, sukeliamas įsipareigojimo pabrangimas ar apsunkinimas.

Palyginkime išsamiai *Farnsworth*, Contracts II (1990) 533 ir kt. su gausiomis nuorodomis iš Amerikos valstijų teismų praktikos.

Kitaip nei Anglijoje, *frustration* (numatytų ketinimų sužlugdymo) sąvoka Jungtinėse Valstijose apribojama tais atvejais, kai sutarties šalis nors ir gali priimti (ir apmokėti) sutartinio įsipareigojimo įvykdymą, tačiau dėl pasikeitusių aplinkybių toks priėmimas jai atrodo bevertis ir netikslingas (plg. *Restatement Contract 2d* 265 str.). Tipiški atvejai, kai šaliai dėl aplinkybių, panašių į pilietinio karo sukeliamus neramumus, ar gamtos reiškinių yra trukdoma pasinaudoti išnuomotu žemės sklypu ar nupirktas prekes eksportuoti į planuojamą šalį.

Lloyd v. *Murphy* 25 Cal. 2d 48, 153 P 2d 47 (1947) byloje kažkas tik prieš įsitraukiant Jungtinėms Valstijoms į Antrąjį pasaulinį karą išsinuomojo žemės sklypą, kuriame norėjo prekiauti automobiliais. Po to, kai Amerikos vyriausybė smarkiai apribojo naujų automobilių pardavimą, jis delsė įvykdyti sutartį. Tačiau nesėkmingai. Teismas nurodė, kad perėjime išdėstytą žemės sklypą nuomininkas, kaip ir subnuomos keliu, gali panaudoti kitam tikslui, kad karo sukeltą apribojimą patyręs verslininkas galėjo tai numatyti, ir prekyba automobiliais nėra visiškai nutraukta, o tik apribota: *The doctrine of frustration has been limited to cases of extreme hardship so that businessmen, who must make their arrangements in advance, can rely with certainty on their contracts...The sale of automobiles was... merely restricted and if governmental regulation does not entirely prohibit business to be carried on in the leased premises but only limits or restricts it, thereby making it less profitable and more difficult to continue, the lease is not terminated or the lessee excused from further performance.* Palyginkime ir *Chapman*, Mich.L.Rev. 59 (1960) 98, *Hay*, ten pat, p. 255 ir kt. ir *Farnsworth*, Contracts II (1990), p. 564 ir kt.

V.

Mūsų lyginamosios teisės nagrinėjimas parodė, kad pasikeitusių aplinkybių poveikio sutarčiai problema egzistuoja visose nagrinėtose teisės sistemose, tačiau formos ir formulės, su kurių pagalba problema sprendžiama, skiriasi. Ypatingą vietą užima Prancūzijos teisė, kuri iki šiol aiškiai atmeta *imprévision* teoriją ir išimtį leidžia tik kalbant apie sutartis, kurių esminis sąlygų pakeitimas yra nesuderinamas su viešuoju interesu, jeigu viena sutarties šalis, nepaisydama esminių aplinkybių pakitimų, priversta įvykdyti sutartį ir dėl to ilgam laikui priversta nutraukti darbą. Ši ribojanti Prancūzijos teismų praktikos pozicija buvo priežastis to, kad praktikoje svarbiausia įsipareigojimą įvykdyti trukdanti, arba sunkinanti, aplinkybė – karas – įstatymų leidėjo turėjo būti nedviprasmiškai pripažinta įvykiu, kuris esant tam tikroms aplinkybėms leidžia sutarties sąlygas priderinti arba sutartį nutraukti. Ar komercinė praktika

orientavosi į šią teismų praktiką – atitinkamu aiškiu rizikos paskirstymu sutartyje arba arbitražiniu susitarimu – sunku įvertinti.

Priešingai, vokiečių ir angloamerikiečių teisinėje erdvėje iš esmės pripažinta, kad teismai (siaurose ribose) turi teisę atleisti sutarties šalį nuo sutarties įvykdymo tiek išnykus ekvivalentiškumui, tiek sužlugus tikslui. Praktiniai rezultatai, kurių teismai pasiekė, žinoma, sunkiai suderinami vienas su kitu, nes bylų grupės, kurios teismų praktikai uždeda savo antspaudą, sunkiai suderinamos, ir dar svarbiau nei įprastai yra neįvertinamos šalutinės aplinkybės. Sakinys, kad kainų kilimas niekada negali pateisinti sutarties nutraukimo, įgyja neribotą pripažinimą. Šveicarijos Federalinis Teismas „kūdros užtvenkimo" byloje, kurioje kainos kilimas buvo proporcingo, dešimtmečius besitęsiančio valiutos perkamosios galios netekimo padarinys, sutartį (po 90 metų) nutraukė; Vokietijos Aukščiausiasis Teismas panašioje byloje atsisakė tai padaryti (po 60 metų). Dėl to šveicarų byloje svarbu galėjo būti tai, kad suinteresuota šalis buvo paremta motyvuojant tuo, jog, nepakeitus sutarties sąlygų, ji tiesiog bankrutuotų. Ir Vokietijos teismai savo praktikoje dėl hipotekos revalvacijos bei kompensacijos reikalavimo sutartį priderino prie pinigų nuvertėjimo. Tačiau tai atsitiko tuo metu, kai, reliatyviai staigiai pasikeitus ekonominiams santykiams, įstatyminių mokėjimo priemonių perkamoji galia milžino žingsniais artėjo prie nulinio taško.

Anglijos ir Amerikos teismams naujesniaisiais laikais panašių katastrofų nenutiko. Anglijoje, prasidėjus Pirmajam pasauliniam karui, smarkiai išaugo kainos, ir dėl to daugybėje sprendimų teismai turėjo patikrinti, ar kainos kilimas yra tinkamas atleidimo nuo įsipareigojimo įvykdymo pagrindas. Teismai šį klausimą nuolat neigė ir pasitenkindavo trumpu sakiniu, kad *a person was not entitled to be excused from the performance of the contract merely because it had become more costly to perform it* [*Bolckow Vaughan & Co.* v. *Compania Minera* (1916) 33 T.L.R. 111]. Tokią situaciją lėmė tai, kad tie kainų kilimai nebuvo, kaip vienu metu Vokietijoje, visuotinio ekonominio žlugimo simptomas, o vien tik karo sukeltas tam tikrų žaliavų nepritekliaus padarinys. Šiuo požiūriu ir Vokietijos teismų praktika, kaip jau matėme, nepaisant kainų kilimo šalis laiko susietas sutartimi. Kokie būtų Anglijos teismų sprendimai, jei atsižvelgtų į šuolinę infliaciją, sunku pasakyti; tačiau atkreiptinas dėmesys į Viscounto Simono nuomonę, kuris *British Movietonews Ltd* v. *London Cinemas* [1952] A.C. 166, 185 byloje pabrėžė, kad *a wholly abnormal rise or fall in prices, a sudden depreciation of currency, an unexpected obstacle to execution* esančios aplinkybės, apie kurias pagal sutarties aiškinimą gali būti pasakyta, kad šalys, jeigu tos aplinkybės būtų egzistavusios sutarties sudarymo metu, įsipareigojimų nebūtų priėmusios. Lordas Denningas naujesniame sprendime atstovavo pozicijai, kad ir šiandieną esančiam įprastiniam pinigų nuvertėjimui neterminuota sutartis gali būti nutraukta, jeigu priešpriešiniai veiksmai, kuriuos turi atlikti sutarties šalys, dėl infliacijos pasidarė iš esmės nelygiaverčiai. *Staffordshire Area Health Authority* v. *South Staffordshire Waterworks* [1978] 1 W.L.R. 1387 byloje atsakovė hidroelektrinė 1929 metais pasižadėjo ieškovei į ligoninę *at all times hereafter* pristatyti vandenį už 2,9 penso už vienetą. Po to, kai normali vandens kaina pakilo iki 45 pensų už vienetą, hidroelektrinė manė turinti teisę nutraukti sutartį, ir Apeliacinis teismas jai pritarė. Du teisėjai šį įvykį parėmė atskiros bylos ypatingomis (čia nepaminėtomis) aplinkybėmis; Lordas Denningas, priešingai, pareiškė, kad *the time has come when we may have to revise our views about the principle of nominalism:* vandens kaina padidėjo keturis kartus ir kils toliau. *The situation has changed so radically since the contract was made 50 years ago that the term of the contract „at all times hereafter" ceases to bind: and*

it is open to the court to hold that the contract is terminated by reasonable notice. Palyginkime *Cheshire/Fifoot (-Furmston)* kritiką p. 578.

Tuo metu, kai Vokietijos teismų praktiką, veikiamą pakitusių aplinkybių, sukūrė specialūs sprendimai, kuriuos ji Wieackerio taikliai pavadintą *masinių žalų* atlyginimą išplėtojo po abiejų pasaulinių karų, Anglijos teismų praktika savo kryptingumą įgauna stipriu komerciniu teisiniu ir pirmiausia – jūros teisės elementu, kuris išryškėja teismų sprendimuose. *Frustration of charterparties* atvejai sudaro ne tik istoriškai modernios anglų doktrinos pagrindą, bet dar ir šiandien teismams duoda daug darbo. Užsienio vertintojui jie patinka savo kruopščia faktinių konkretaus atvejo aplinkybių analize, kokia precedentų teisėje būdinga anglų teisėjų išmokytam kilnumo menui, ir išreikšta orientacija į komercinės apyvartos pažiūras bei poreikius. Jeigu mūsų tik labai paviršutiniškas nagrinėjimas padarė įspūdį, Anglijos teismai į šį klausimą, kada pakitusios aplinkybės yra pagrindas sutarčiai nutraukti, žiūri santūriau nei Vokietijos teismai, ir tai, žinoma, priklauso nuo to, kad Anglijos teismų praktika ypač draugiškai priima tarptautinės komercinės apyvartos reikalavimus: kaip tik verslininkų nuomonė šiais dominančiais atvejais labiau linkusi į griežtesnį susiejimą su sutartimi. Tai, pvz., pasireiškia tuo, kad minėtuose Sueco kanalo sprendimuose prekybos bylas nagrinėjantys arbitražai visi vieningai pasisakė už sutarties išsaugojimą; ir šią koncepciją Anglijos teismai įgyvendina akivaizdžiai paslaugiau, nei tai yra įprasta Vokietijoje.

Su skirtumais susiduriama ir klausiant, kokiomis bendromis direktyvomis ir standartais teismų praktika minėtose šalyse svarsto šią problemą. Vokietijos Aukščiausiasis Teismas iš dalies argumentuoja garbingais teorijos apie „sandorio pagrindo" panaikinimą žodžiais („gręžimo plaktuko" byla), toliau pabrėžia, kad tai priklauso nuo „atskiros bylos aplinkybių apsvarstymo pagal sąžiningumą ir teisingumą" ir galiausiai visa tai patepa konstatavimo aliejumi, kad atleidimas nuo sutarties yra pagrįstas, jeigu kitaip negalima išvengti „nepakenčiamo, blogiausiu atveju teisėtai nebesuderinamo rezultato". *Šveicarijos* teismų praktika daugiausiai vadovaujasi nuostata, jog po sutarties sudarymo atsiradus neproporcingam santykiui tarp priešpriešinių veiksmų, kuriuos privalo atlikti sutarties šalys, teismas gali ištaisyti sutartį, jeigu kreditoriaus sutarties reikalavimų laikymasis reiškia tiesiog „lupikišką" skolininko išnaudojimą. *Anglijos* teismai klausia, ar skolininko paslauga, jeigu jis ją pateiktų, nepaisydamas pakitusių aplinkybių, palyginus su sutarties sudarymo metu suplanuota, būtų *fundamentally different* (iš esmės skirtinga).

Esant šioms gana nekonkrečioms formulėms, skaitytojui gali atrodyti, jog kiekvienas bandymas rasti konkrečių sprendimo kriterijų būtinai turi žlugti, nors tai, beje, netikslinga, nes teismų praktika galiausiai leidžia vadovautis racionaliai vos suvokiamais svarstymais. Čia neabejotinai yra kažkas teisingo, tačiau reikia saugotis polinkio pernelyg greitai imtis formulių, kurios čia dominančius atvejus nori spręsti vien tik pagal „sąžiningumo ir teisingumo", „teisės ir teisingumo" kriterijus arba pagal tai, kas yra *just and reasonable* (teisinga ir protinga). Anglijos teismų praktika, palyginus su pavojais, būdingais tokioms formulėms, gali būti neatspari: vokiečių, kaip mums atrodo, retai. Dėl to per lengvai iš akių pametama aplinkybė, kad šalių teisiniai santykiai pirmiausiai vertinami pagal *sutartį*, kurią jos sudarė, ir kad *sutartyje* galėtų būti sutvarkytas klausimas, kuriai iš šalių turi atitekti posutartinių aplinkybių pasikeitimo rizika, kai šių aplinkybių pasikeitimas sutartimi nėra sureguliuotas. Teismams visada keliamas uždavinys užpildyti spragas, kurių sutartyje atsirado todėl, kad šalys negalėjo numaty-

ti jau po sutarties sudarymo atsirasiančių aplinkybių arba, nors ir numatė, į jas nekreipė reikiamo dėmesio. Tam tikslui yra sukurtas (Vokietijoje taip vadinamas) *papildomo sutarties aiškinimo* instrumentas: jis siekia išaiškinti *hipotetinę šalių valią*, taigi neklausia, kaip šalys sutvarkytų ginčijamą punktą, jei derybų dėl sutarties stadijoje į jį atkreiptų dėmesį tretysis asmuo. Nekalbama ir apie – Oermanno vadinamojo *sandorio pagrindo* – įsivaizdavimą, kaip ateityje plėtosis santykiai, kurie sudarė psichologiškai realų vienos šalies suvokimo turinį sutarčiai baigiantis. Priešingai, šiuo atveju kalbama apie klausimą, koks rizikos paskirstymas yra įprastas ir tinkamas ginčijamai sutarčiai pagal vidutinę dalyvaujančių apyvartos sluoksnių nuomonę (BGHZ 74, 370). Ši nuomonė yra pagrindas ir Tarptautinės prekybos teisės konvencijos 9 straipsnio nuostatai apie atleidimą nuo atsakomybės; teisės politiniu požiūriu ji sudaro sveiką ir Anglijos teisės gerai suprastą *implied term theory* (preziumuojamų sutarties sąlygų teorijos) branduolį, kuris teisėjui nuolat primena, kad jis tiesiog turi rasti sprendimą, atitinkantį teisingumo kriterijų *hic et nunc* prasme. Priešingai, *sutartis* yra įstatymas, ir teisėjas privalo ją paversti savo samprotavimų išeities tašku; jei ji yra su spragomis – papildomai apmąstyti pagal kriterijus, kuriuos išplėtojo sąžininga komercinė apyvarta, norėdama įvertinti to paties modelio sutartis. Aišku, tikrindamas šias aplinkybes, teismas disponuoja plačiomis vertinimo galimybėmis; tačiau jis visada yra saistomas tikslingumo ir teisingumo kriterijų, kiek to reikia rizikos tarp sutarties šalių padalijimui išaiškinti.

D. NEPAGRĮSTAS PRATURTĖJIMAS

38. NEPAGRĮSTAS PRATURTĖJIMAS BENDRĄJA PRASME

Beatson, The Use and Abuse of Unjust Enrichment (1991); *Birks*, An Introduction to the Law of Restitution (1989); *v. Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, jubiliejinis leidinys, skirtas Ernstui Rabeliui, I tomas (1954) 333; *to paties autoriaus*, Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause, Rev.int.dr.comp. 18 (1966) 573; *David/Gutteridge*, The Doctrine of Unjustified Enrichment, Camb.L.J. 5 (1935) 204; *Dawson*, Unjust Enrichment, A Comparative Analysis (1951); *to paties autoriaus*, Indirect Enrichment, jubiliejinis leidinys, skirtas Maxui Rheinsteinui II (1969) 789; *Dickson*, The Law of Restitution in the Federal Republic of Germany, Int.Comp.L.Q. 36 (1987) 751; *to paties autoriaus*, Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview, Mod.L.Rev. 54 (1955) 99; *Drakidis*, La „subsidiarité", caractère spécifique at international de l'action d'enrichissement sans cause, Rev.trim.civ. 59 (1961) 577; *Elman*, Unjust Enrichment in Israel Law, Israel L.Rev. 3 (1968) 526; *Englard*, Restitution on Benefits Conferred without Obligation, Int.Enc.Comp.L. Vol. X Ch. 5 (1991); *D. Friedmann*; Some Trends in the Development of the Law of Unjust Enrichment, atspausdinta: Beiträge zum deutschen und israelischen Privatrecht (Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 81, 1977) 155; *D.Friedmann/Cohen*, Payment of Another's Debt. Int.Enc.Comp.L.Vol. X Ch. 10 (1991), *to paties autoriaus*, Adjustment Among Multiple Debtors, Int.Enc.Comp.L. Vol. X Ch. M. (1991); *Gallo*, Unjust Enrichment, A Comparative Analysis, Am.J.Comp. L. 40 (1992) 431; *Goff/Jones*, The Law of Restitution (1993); *Goré*, L'enrichissement aux dépens d'autrui (1949); *Kellmann*, Grundsätze der Gewinnhaftung, Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (1969); *Klippert*, The Juridical Nature of Unjust Enrichment, U.Tor.L.J.30 (1980) 356; *König*, Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französichem Recht (1967); *to paties autoriaus*, Empfiehlt es sich, das Bereicherungsrecht ...durch den Gesetzgeber neu zu ordnen? Atspausdinta: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II (leidėjas: Vokietijos teisingumo ministerija, 1981) 1515; *to paties autoriaus*, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tatbestände und Ordnungsprobleme aus rechtsvergleichender Sicht (1985); *Kupisch*, Die Versionsklage, Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen ABGB (1965); *Martinek*, Der Weg des Common Law zur allgemeinen Bereicherungsklage: Ein später Sieg des Pomponius?, RabelsZ 47 (1983) 284; *Nicholas*, Unjustified Enrichment in the Civil Law and Lousiana Law, Tul.L.Rev. 36 (1962) 605; 37 (1963) 49; *O'Connell*, Unjust Enrichment, Am.J.Comp.L. 5 (1956) 1; *Palmer*, The Law of Restitution (4 tomai, 1978); *to paties autoriaus*, History of Restitution in Anglo-American Law, Int.Enc.Comp.L.Vol. X Ch (1989); *Schluep*, Über Eingriffskondiktionen, Mélanges Paul Piotet (1990) 173; *Swadling*, Restitution and Unjust Enrichment, Towards a European Civil Code (leidėjas Hartkamp ir kiti, 1994) 267; *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (1934); *Zimmermann*, Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, Oxf.J.Leg.Stud. 15 (1995) 403.

I.

Kiekvienoje išplėtotoje teisės sistemoje galime matyti, jog privatinių teisinių reikalavimų gausybė kyla arba iš *sutarties*, arba iš *teisės pažeidimo*. Ir diletantas po kelių svarstymų nesunkiai gali susidaryti vaizdą apie bylų, kurios išnagrinėtos šiose dviejose srityse, rūšis. Tačiau kitaip būna tuo atveju, jeigu jam nurodoma, kad svarbūs yra ir tokie reikalavimai, kurie nesiremia nei sutartimi, nei teisės pažeidimu, o tik *nepagrįstu praturtėjimu (enrichissement injustifié, unjust enrichment)*. Jeigu mėgėjas nežino, ką šie pasakymai reiškia, jam, žinoma, negali būti prikišta; priešingai, teisininkas turi progos paklausti, ar nepakankamas posakio *nepagrįstas praturtėjimas* vaizdingumas yra ne dėl to, kad šia sąvoka galbūt prievartos būdu jis apibendrina daugybę gana skirtingų gyvenimo aplinkybių, kurioms iš esmės bendras tik vienas neigimas: jos kyla ne iš sutarties ir ne iš teisės pažeidimo. Iš tiesų, daugelis angloamerikiečių teisininkų mano būtent taip. Ir jie būtų tos nuomonės, kad tas, kuriam per klaidą sumokėta arba kuris per apsirikimą panaudojo autorines teises, gautus pinigus arba naudos vertę privalo grąžinti, nors šalys nebuvo sudariusios sutarties ir nė viena šalis teisės pažeidimu nepakenkė kitai šaliai. Tačiau kad šių abiejų atvejų pagrindas yra vieningas principas – *principle of unjust enrichment*, – jos nei ginčija, nei, šiaip ar taip, paverčia nenaudingais juokais. Jeigu Vokietijos teisėje, priešingai, vieningas reikalavimų dėl *nepagrįsto praturtėjimo* pagrindas pabrėžiamas griežčiau, tai atsitinka dėl romėnų teisės koncepcijos, sukūrusios *condictio* struktūrą, kurio reikšmė moderniojoje kontinentinėje teisėje visa apimtimi pastebima tik tada, jeigu žinoma, kad šioje srityje bendrosios teisės raida praėjo kitaip.

Condictio Romoje yra *actio in personam*, kuris nukreipiamas į tam tikrą prievolės objektą. Jis yra *abstraktus* ta prasme, kad *pagrindas*, iš kurio išplaukia skolininko įsipareigojimas atlikti veiksmą, ieškinio formulėje nėra įvardytas. Todėl *condictio* visur galėjo rasti pritaikymą, kur, nesvarbu dėl kokios priežasties, buvo mokama tam tikra pinigų suma arba ieškovui perduodamas konkretus daiktas. Kreditorius, kuris reikalavo grąžinti paskolos sumą arba skolos dokumente ar sutartimi pažadėtą tam tikrą pinigų sumą, galėjo pasinaudoti *condictio*. Tačiau kartu romėnų teisės mokytojai anksti pastebėjo, kad *condictio* dėl savo „abstraktumo" galėjo būti naudojamas ir tokioms aplinkybėms, kai atsakovas buvo skolingas tam tikrą objektą, kurį jis įgijo iš ieškovo be tinkamo teisinio pagrindo. *Condictio* šiais atvejais lėmė tai, kad ieškovas perdavė atsakovui nuosavybėn tam tikrą pinigų sumą ar kilnojamą daiktą, kad pasiektų tam tikrą tikslą, tačiau išaiškėjo, kad šis tikslas nuo pat pradžių buvo nepasiekiamas arba vėliau išnyko. Jeigu kažkas sumokėjo pinigus, kad įvykdytų savo skolinį įsipareigojimą arba paskirtų kraitį, arba įvykdytų testamentą, o iš tiesų skolos nebuvo, santuoka neįvyko arba testamentas pasirodė esąs negaliojantis, gavėjas negalėjo rankose *(sine causa)* išlaikyti to, ką įgijo nepagrįstai; ieškinys, kuris romėnų teisėje visais šiais atvejais pasiūlė restituciją, yra *condictio*.

Taigi šių ieškinių pagrindas antikinėje Romoje nebuvo bendro pobūdžio teisingumo apsvarstymas arba, kaip mano Dawsonas, ten pat, p. 49 – *the conscious appeal... to the principle of unjust enrichment and the moral ideas with which it was connected. Corpus Iuris* susieja *condictio* daugelyje vietų su *ius naturae, bonum et aequum* arba *ius gentium*, ypač žymiajame *Pomponiuso* fragmente D.50, 17, 206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*. Pagal vyraujančią nuomonę šiuo atveju kalbama apie klasikinius apibendrinimus, kurie galėjo atsirasti iš mokomojo poreikio abstrahuoti ir apibendrinti taisykles. Klasikinio laikotarpio romėnų teisininkų sprendimų pagrindas buvo ne tokios

bendro pobūdžio formulės, o praktinės gyvenimo situacijos. Teisininkai pripažino didėjantį tiksliai aprašytų aplinkybių skaičių kaip vertą reikalavimo dėl neteisėtai įgyto daikto grąžinimo, kur bendras šių aplinkybių požymis slypėjo ne tame, kad šiais atvejais „ieškovas turėjo ypatingą reikalavimo pagrindą, o [tame], kad atsakovas neturėjo pakankamo pagrindo tą daiktą išlaikyti" (Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts* [1955] 119). Verta dėmesio yra ir tai, kad klasikinis *condictio*, nepaisant savo įvairiapusės panaudojimo srities, yra vieningas kūrinys su vieningomis formulėmis. Reikalavimų dėl neteisėtai įgyto daikto grąžinimo sisteminimas pagal įvairiausias kategorijas yra lygiai toks pat poklasikinis kaip ir jų kildinimas iš *aequitas* principo (plg. Kaser, *Das römische Privatrecht I* [1955] 139 str., II [1959] 270 str.; Zimmermann, *The Law of Obligations* [1990] 838 ir kt.).

Įvairūs, tik prie Justiniano išplėtoti reikalavimų dėl neteisėtai įgyto daikto grąžinimo tipai (*condictio causa data causa non secuta, ob turpem vel iniustam causam, indebiti und sine causa*, plg. pavadinimus su D. 12, 4–7) ir šiandien gyvuoja daugmaž aiškiai išreikšta forma kontinentinėse kodifikacijose ir sudaro reikalavimų dėl nepagrįsto praturtėjimo branduolį. Tik vienu požiūriu vėlesnė raida esmingai nutolo nuo romėnų teisės: ypač dėl prigimtinės teisės mokytojų įtakos, remiantis keliais atsparos taškais, romėnų šaltiniuose išplėtotas bendras ieškinys dėl gautos naudos atlyginimo, kur „tas, iš kurio turto kažkas yra panaudota kito naudai", turi teisę reikalauti tą patį grąžinti *in natura* arba atlyginti vertę (plg. ALR 13 I 262 str. ir kt., Austrijos CK 1041 str.).

Šis sakinys vaizduoja romėnų *actio de in rem verso* apibendrinimą. Tai yra vienas iš – glosatorių vėliau *actiones adiecticiae qualitatis* pavadintų – ieškinių, kuris esant tam tikroms aplinkybėms verslo partneriui suteikė ieškinį prieš pavaldaus vergo, šeimos draugo ar tarnautojo valdžios turėtoją ir taip sudarė tam tikrą pakaitalą (Romoje nepripažintam) tiesioginio atstovavimo institutui. Jeigu pavergtasis tai, ką įgijo iš sandorio su trečiuoju asmeniu, panaudojo savo pono naudai, tretysis asmuo ponui *actio de in rem verso* galėjo pareikšti reikalavimą (plg. *Kaser* I [1955] 62, 141 str.; *Zimmermann*, p. 878 ir kt.).

Bendrą ieškinį dėl gautos naudos atlyginimo netoli *condictio* pastūmėjo daugybė bendrosios teisės, Prūsijos ir Austrijos autorių, o prancūzų doktrina – Prancūzijos CK nereglamentuotame – *actio de in rem verso* bendro reikalavimo dėl nepagrįsto praturtėjimo pagrindimui užvaldė bendrąją teisę (plg. išsamiai *Kupisch*, ten pat). Vokietijos civilinis kodeksas šio ieškinio neperėmė. Ten, kur jis iš esmės leidžiamas, pavyzdžiui, Austrijoje ir Prancūzijoje, teismų praktika smarkiai apribojo jo panaudojimo sritį.

II.

Vokietijos civilinis kodeksas, lygiai kaip ir *Šveicarijos* prievolių kodeksas, reikalavimus dėl „nepagrįsto praturtėjimo" reglamentuoja specialiame skirsnyje, kurio pradžioje atitinkamai pagal aplinkybes įrašoma pagrindinė išlyga:

Vokietijos CK 812 str. 1 d.: kas kito asmens atliktu darbu arba kitaip pastarojo sąskaita ką nors nepagrįstai gavo, yra įsipareigojęs tai grąžinti. Šis įsipareigojimas išlieka ir tada, jeigu teisinis pagrindas vėliau panaikinamas arba atliktu darbu pagal sandorio turinį sėkmės nepasiekiama.

Šveicarijos PK 62 str.: kas nepagrįstu būdu praturtėjo iš kito asmens turto, privalo tai grąžinti. Šis įsipareigojimas išlieka ypač tada, jeigu kas nors be jokio galiojančio pagrindo arba dėl neįgyvendintos ar vėliau panaikintos priežasties gavo finansinę paramą.

Vokietijos CK 812 straipsnis skiria pagal tai, ar teisiškai nepagrįstas turto perėjimas įvyksta dėl *kito asmens atlikto mokėjimo* arba *kitu būdu*. Pirmajai, vadinamajai „nepagrįsto praturtėjimo dėl atsakovo neegzistuojančios skolos pripažinimo" grupei priskiriami atvejai, kai reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo nukrypsta į anuliavimą mokėjimo, kurį ieškovas sąmoningai ir norėdamas atliko atsakovui, tačiau kurį, nes atliktas mokėjimas gautas *nepagrįstai*, nuo dabar reikalauja grąžinti. Pagrindinis tokio nepagrįsto praturtėjimo atvejis yra pinigų mokėjimas arba daiktų perdavimas kito nuosavybėn, kvito, skolos dokumento arba vekselio atidavimas, netgi paslaugos teikimas, jei taip jos gavėjas sutaupė išlaidas, kurias šiaip sumokėtų už šį darbą. *Atliktas mokėjimas* gali slypėti ir tame, kad kažkas kito asmens sąskaita atleidžiamas nuo įsipareigojimo, kurį jis privalėjo įvykdyti trečiajam asmeniui. Visais šiais atvejais pateikiamas pagrindinis klausimas, ar turto perėjimas, atsiradęs dėl ano atlikto darbo, pasiektas *nepagrįstai*, tai yra: ar gavėjas mokėjimą atliekančiojo atžvilgiu gali remtis galiojančiu prievoliniu santykiu arba kitu susitarimu, kurie jam suteikia teisę gautą daiktą pasilikti. Taip 1000 Vokietijos markių mokėjimas gali būti „pagrįstas" tuo, kad jį atlieka pirkėjas, pardavėjui sumokėdamas pirkimo kainą, bankas klientui – suteikdamas kreditą arba nuotakos tėvas – savo žentui, atsižvelgdamas į būsimą santuoką. Tačiau jei pirkimo ir pardavimo sutartis nuo pat pradžių dėl prieštaravimo įstatyminiam draudimui buvo negaliojanti arba bankas po to, kai atliko mokėjimą, apskundžia paskolos sutartį dėl klastingos apgaulės arba planuotos vestuvės neįvyksta, tuo atveju trūksta teisinio pagrindo, kuris galėtų motyvuoti, kad gavėjas pinigų sumą pagrįstai turi, išskyrus tuos atvejus, jei šis pagrindas nuo pat pradžių neegzistavo arba jei jis po sutarties sudarymo panaikintas.

Vokietijos CK 812 str. 1 d. 2 p., Šveicarijos PK 62 str. 2 d., Austrijos CK 1431 ir kituose straipsniuose randama dar senų Justiniano reikalavimų dėl neteisėtai įgyto daikto grąžinimo, kuriems, žinoma, neskiriama jokios praktinės reikšmės, tačiau iš esmės visur kalbama apie *sine causa* atliktos paslaugos atvejus. Atkreiptinas dėmesys į tai, kad nuostata dėl *nepagrįsto praturtėjimo* grąžinimo orientuojama ne į tai, dėl kokių priežasčių prievolė negaliojo nuo pat pradžių ar tokia tapo vėliau. Taigi ar, pvz., prievolinis santykis prieštarauja įstatymui arba geriems papročiams, ir dėl *pradinio negalimumo* yra niekinis arba dėl suklydimo, grasinimo arba apgaulės gali būti sunaikintas *(ex tunc daromu)* prieštaravimu – visa tai yra klausimai, kurie nagrinėja sutarties sudarymą ir todėl reguliuojami specialioje įstatymo vietoje. Todėl nepagrįsto praturtėjimo teisė pradeda veikti tik tada, jeigu pagal *kitas* įstatymo nuostatas konstatuojamas prievolinio santykio negaliojimas. Į nepagrįsto praturtėjimo teisę *nepatenka* ir tokių sutarčių atgalinė raida, kurios ne nuo pat pradžių yra negaliojančios, o tokiomis tampa tik vėliau, nes viena šalis dėl sutarties pažeidimo arba dėl aplinkybių pasikeitimo gali jos atsisakyti: šiuo atveju sutarčių teisė reguliuoja ne tik klausimą, *ar* sutartis pasibaigė, bet ir *kaip* turi įvykti atgalinė raida (plg. Vokietijos CK 323 str. ir kt.; 346 str. ir kt., Šveicarijos PK 109 str., Austrijos CK 921 str.), kur Vokietijos teisė tam tikra apimtimi į pagalbą šaukiasi teisinių nepagrįsto praturtėjimo nuostatų (Vokietijos CK 323 str. 3 d., 327 str. 2 p., 557 a, 628 str. 1 d. 3 p.).

Pagal Vokietijos CK 814 straipsnio nuostatas atgręžtinis *nepagrįsto* mokėjimo reikalavimas yra neįmanomas, jeigu mokantysis žinojo, kad jis iš tiesų jam nebuvo įsipareigojęs. Šveicarijos

ir Austrijos teisės tą pačią nuomonę išreiškia pozityviai, nustatydamos, jog tas, kuris atliko neskolingą mokėjimą, gali jį atšaukti, jeigu buvo *suklaidintas* (Šveicarijos PK 63 str., Austrijos CK 143 str.). Kartu pripažinta, kad anas suklydimas neturi nieko bendra su suklydimu, kuris suteikia teisę apskųsti sutartį; ir šiurkščiu aplaidumu besiremiančio nerūpestingumo, neesminės klaidos arba teisinio suklydimo užtenka ieškiniui dėl atgalinio reikalavimo pagrįsti (plg. BGE 64 II 127; 70 II 271; BG St. Gallen SJZ 63 [1967] 110; OGH 1922.6.20, ZBl. 1922, Nr. 259).

Skirtingos įstatyminių nuostatų formuluotės lėmė ir įrodinėjimo naštos skirtingą paskirstymą; Vokietijoje *atsakovas* privalo įrodyti, kad ieškovas mokėjimo atlikimo metu turėjo žinių apie savo skolos nebuvimą (RGZ 133, 277); Šveicarijoje ir Austrijoje, priešingai, *ieškovui* reikia įrodyti, kad jis mokėjimą atliko klaidingai manydamas apie savo mokėjimo pareigą (BGE 24 II 182; OGH 1894.6.20, GIU 32, Nr. 15158).

Atgalinis reikalavimas taip pat neįmanomas, jeigu mokėjimas įvyko vykdant moralinę ar dėl senaties netekusią galios pareigą, ar šiaip skolos yra prieštaringos. Šiuo atveju skolininkas, jei jam būtų *pareikštas ieškinys* dėl mokėjimo, gali sėkmingai gintis; tačiau mokėjimą atlikęs *savo noru* netenka teisės vėliau reikalauti atgalinio mokėjimo (Vokietijos CK 813, 814 str., Šveicarijos PK 63 str., Austrijos CK 1432 str.).

Speciali grupė atvejų, kurie gali būti išspręsti reikalavimais dėl nepagrįsto praturtėjimo, yra tik Vokietijoje: tai yra bylos, kai *abstrakcijos principas* veda prie to, jog kažkas tampa daikto savininku arba reikalavimo valdytoju, nors sutartis, kurios pagrindu jam perduodamas daiktas nuosavybėn arba perleidžiamas reikalavimas, buvo negaliojanti. Jeigu kažkas pardavė paveikslą ir perdavė jį pirkėjo nuosavybėn, Vokietijos teisė šiuo atveju skiria pirkimo ir pardavimo sutartį nuo susitarimo apie nuosavybės perėjimą iš esmės vadovaudamasi tuo, kad nors ir negaliojant pirkimo ir pardavimo sutarčiai (jis gali remtis nesutarimu ar ieškinio pareiškimu dėl suklydimo) ieškovas vis dėlto įgijo nuosavybę į paveikslą. Čia įsikiša Vokietijos CK 812 straipsnis: pardavėjas gali reikalauti grąžinti nepagrįstą praturtėjimą, t.y. kad jam grąžintų nuosavybę į paveikslą. Pagal Šveicarijos teisę, priešingai, kur ne tik žemės sklypams (Šveicarijos CK 974 str. 2 d.), bet ir kilnojamajam turtui (BGE 55 II 302) pagrindinio sandorio galiojimas yra prielaida nuosavybės perėjimui, paveikslo pardavėjas lieka savininku: todėl jis turi teisę pareikšti *ieškinį dėl nuosavybės grąžinimo*, kuris nuo *ieškinio dėl nepagrįsto praturtėjimo* skiriasi tuo, jog veda prie paveikslo grąžinimo ir tuo atveju, jeigu pirkėjas bankrutavo. Žinoma, pardavėjas ir pagal Šveicarijos teisę gali įgyvendinti tik vieną reikalavimą dėl nepagrįsto praturtėjimo. Jeigu pirkėjas paveikslą perleidžia toliau, o tas asmuo, kuris jį įgijo, yra sąžiningas įgijėjas, jis yra savininkas (Šveicarijos CK 714, 933 str.): šiuo atveju pardavėjas iš atsakovo gali išreikalauti tai, ką šis iš trečiojo asmens gavo kaip priešpriešinį patenkinimą.

„Nepagrįstas praturtėjimas dėl atsakovo neegzistuojančios skolos pripažinimo“ pagal Vokietijos teisę nuolat nukreiptas tik tiesiogiai prieš tą, kuriam ieškovas *sine causa* sumokėjo, o ne prieš tuos asmenis, kuriems mokėjimas tik netiesiogiai davė naudos. Jei kas nors paėmė paskolą ir gautus pinigus panaudojo savo žmonos namo rekonstrukcijai, kreditorius, jei paskolos gavėjas tampa nemokiu arba paskolos sutartis pasirodo esanti niekinė, negali iš jo žmonos reikalauti grąžinti pinigus. Lygiai taip bus ir tuo atveju, jeigu namudininkas, remdamasis sutartimi su statybos įmone, sumontuoja medžiagas trečiojo asmens name: namudininkas, remdamasis sutartimi arba, jei sutartis yra niekinė, nepagrįstu praturtėjimu, subjektu gali pripa-

žinti tik įmonininką, o ne tretįjį asmenį, nors pastarojo namo vertė dėl įmontavimo galėjo ir padidėti. Vokietijos teismai kalba apie *tiesioginio turto perėjimo* būtinumą: kai vienas ir tas pats turto perėmimas reiškia kartu tiek ieškovo nuostolius, tiek ir atsakovo pelną. Šio apribojimo prasmė yra aiški. Mokantysis gali veikti tik prieš mokėjimo gavėją, kuris yra sutarties šalis; atsitiktinė aplinkybė, kad sumokėtas objektas nukeliavo į trečiojo asmens turtą, neturi baigtis mokančiojo naudai taip, kad šis šalia kitos sutarties šalies kitą pritrauktų kaip skolininką. Kad mokantysis apribojamas tik sutartiniu reikalavimu arba reikalavimu grąžinti nepagrįstai įgytą turtą kitai sutarties šaliai, taip pat yra teisinga: sudarydamas sutartį jis pasitikėjo pastarojo mokumu; jei šis pasitikėjimas nuviliamas, nes mokėjimo gavėjas turi finansinių sunkumų, mokantysis privalo atsakyti už nuostolius, nors tai negali priklausyti nuo to, ar mokėjimo gavėjas negali sumokėti pagal sutartį susitarto atlyginimo ir ar jis (žlugus sutarčiai) negali grąžinti praturtėjimo vertės.

Taip *actio de in rem verso*, kaip jis sutinkamas bendruomeninėje ir prūsų teisėje (plg. RGZ 1, 143; 1, 159; ROHG 3, 377), galiojančioje Vokietijos teisėje nėra pripažįstamas (plg. jau neigiamą vokiečių įstatymų leidėjo poziciją motyvuose II, p. 872). Ir *Šveicarijos teisė* laikosi tokios nuomonės: BGE II 467, valstiečio sūnūs, kurie ūkininkavo savo tėvo, paskelbto neveiksniu, ūkyje, savo vardu iš ieškovo pirko dvi karves, kurias netrukus ir atvedė į tėvo ūkį. Pardavėjas pareiškė ieškinį tiesiogiai tėvui dėl pirkimo kainos sumokėjimo. Federalinis Teismas atmetė ieškinį motyvuodamas tuo, kad atsakovas nuosavybę į karves įgijo ne ieškovo sąskaita, o savo sūnų, kurie karves iš ieškovo pirko savo vardu, ir pirmiausia patys įgijo į tai nuosavybę. *Austrijos* CK 1041 straipsnyje yra nuostata, kurios pažodinis tekstas sutampa su ieškinio dėl versijos tekstu: pagal jį savininkas, jeigu jo daiktas „be vadovavimo... panaudojamas kito naudai“, gali reikalauti jį grąžinti ar atlyginti vertę. Žinoma, Austrijos teismai savo nuolatinėje teismų praktikoje vadovaujasi tuo, kad ieškinys dėl panaudojimo pagal Austrijos CK 1041 straipsnį „[esąs] vien tik papildanti priemonė, kuri naudojama tik tokiu atveju, kai sutartis ar sutarčiai panašus santykis tarp ieškovo, pareiškusio ieškinį dėl panaudojimo, ir trečiojo asmens negali būti įtrauktas sprendžiant atvejį teisminėje praktikoje“ (OGH 1952.1.16, SZ 25, Nr. 13). Statybos firmos savininkas, kuris nuomininko užsakymu savininko name atliko remonto darbus, negali reikalauti iš savininko sumokėti sumą, kuria dėl atliktų darbų padidėjo namo vertė (OGH 1930.1.7, SZ 12, Nr. 7, lygiai taip pat OGH 1955.6.1, JBl. 1956, 17 su išsamia teismų praktikos apžvalga ir kritinėmis Gschnitzerio pastabomis.

Iš to išplaukia, kad įmonininkas, kuris suremontuoja ar sutaiso užsakovui nepriklausantį daiktą, iš daikto *savininko* gali reikalauti atlyginti vertės padidėjimą ne pagal Vokietijos CK 812 straipsnį, jeigu vėliau paaiškėja, jog užsakovas nemokus. Ši tezė yra teisinga, tačiau visgi apribojama tais atvejais, kai įmonininkas sutaisytą daiktą *valdo*: šiuo atveju visur daroma prielaida, kad įmonininkas daiktą gali laikyti iki tol (kaip ir savininko atžvilgiu), kol už savo darbą gaus atlygį.

Ši įmonininko apsauga atskirose teisės sistemose užtikrinama skirtingais būdais: *Vokietijoje* – pripažįstant reikalavimus dėl panaudojimo atlyginimo *(Verwendungsersatz)* pagal Vokietijos CK 994 str. ir kt. (plg. BGHZ 34, 122), Šveicarijoje – sulaikymo teise *(Retentionsrecht)* pagal Šveicarijos CK 895 str., Austrijoje – sulaikymo teise *(Zurückbehaltungsrecht)* pagal Austrijos CK 471 str. (plg. OGH 1959.4.1, ZVR 1960, Nr. 45).

Prielaida „nepagrįstam praturtėjimui dėl atsakovo neegzistuojančios skolos pripažinimo“, apie kurį iki šiol kalbėjome, nuolat yra *mokėjimas*, t. y. mokančiojo siekiamas turto permetimas, kuris privalo būti anuliuotas, nes jo pagrindu esantis prievolinis santykis arba nuo pat pradžių yra negaliojantis, arba tokiu tampa vėliau. Svarbiausią nepagrįsto praturtėjimo atvejį *kitokiu būdu*, į kurį nuo šiol atkreipsime dėmesį, turime tada, jeigu kažkas naudojo, pritaikė ar išeikvojo svetimus daiktus arba svetimas teises, nors jam šios teisės nesuteikė nei daikto savininkas, nei valdytojas. Jei įsikišimas į svetimą teisę įvyksta *kaltai*, teisės valdytojui priklauso teisė reikalauti atlyginti nuostolius dėl teisės pažeidimo. Tačiau esant ir įsikišimui į svetimą teisę be kaltės, asmuo, kuris įsikiša, pagal Vokietijos CK 812 straipsnį teisės valdytojui įsipareigoja atlyginti padaryto panaudojimo vertę. Šiuo atveju Vokietijoje kalbama apie *ieškinį dėl nepagrįsto praturtėjimo.*

Kas, pvz., svetimoje pievoje leidžia ganytis savo galvijams, per apsirikimą išeikvoja svetimas anglis arba naudoja kito asmens bėgius (RGZ 97, 310), kitam privalo atlyginti panaudojimų, kuriuos jis šiuo būdu įtraukia į savo turtą, vertę, ir tai nepriklauso nuo to, ar įsikišimas įvyko kaltai, ar ne. Ir Vokietijoje daug kartų svarstytas svetimos automobilių stovėjimo aikštelės naudojimo atvejis sprendžiamas ne pagal sutartį, remiantis šiais kriterijais: kas įvažiuoja į svetimą automobilių stovėjimo aikštelę ir pareiškia, kad jis nenori mokėti stovėjimo mokesčio, nes, jo nuomone, teisė rinkti šiuos mokesčius viešose gatvėse neegzistuoja, vis dėlto skolingas automobilių stovėjimo aikštelės naudojimo vertę, jeigu šis požiūris ir neteisingas. Ne todėl, kad įvažiavimu į mokamą automobilių stovėjimo aikštelę įvyksta *faktinis sutartinis santykis* (BGHZ 21, 319, 333 ir kt. str.), bet todėl, kad jis neteisėtai įsikiša į kitam priklausančią teisę.

Kas neteisėtai naudoja kito teisę, teisių valdytojui privalo atlyginti panaudojimų vertę ir tada, jeigu gali įrodyti, kad kitas jų negautų arba negalėtų gauti. Reikalavimo dėl nepagrįsto praturtėjimo tikslas – ne subalansuoti nuskriaustojo turte įrodymais pagrįstą atsiradusį *minusą* – tai būtų nuostolių atlyginimo mokėjimas, bet praturtėjusiojo turte atsiradusį *pliusą* priskirti tam, kuris į tai turi teisę. Tai yra savininkas: teisės sistema išimtinai jam priskiria įgaliojimą savo turtą pritaikyti jam pačiam teisingai atrodančiu būdu arba atiduoti panaudojimą kitam (už atlygį).

Nepagrįstu praturtėjimu pripažįstamas ir atvejis, jeigu kažkas trečiajam asmeniui nuosavybėn parduoda svetimą daiktą. Šioje situacijoje tas, kuris pardavimu neteko nuosavybės, iš pardavėjo gali reikalauti to, ką šis iš trečiojo asmens gavo kaip priešpriešinį patenkinimą. Šį priešpriešinį patenkinimą pardavėjas privalo grąžinti visiškai, įskaičiuojant ir turėtą pelną (BGHZ 29, 159).

Palyginkime Vokietijos CK 816 str. Tokia pat yra ir *Austrijos* (*Koziol/Wesler*, Grundriss des bürg. Rechts I [1979] 330 ir OGH 1954.11.10, SZ 27 Nr. 286) bei *Šveicarijos* teisė (*von Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des schweiz. OR I [1979] 495). Ar reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo gali būti pareikštas, kaip nustato Vokietijos CK 816 str. 1 d. 2 sakinys, išimties tvarka ir trečiojo asmens atžvilgiu, jei šis daiktą įgijo neatlygintinai, Šveicarijos teisėje abejojama (plg. *v. Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht [1964] 310). Ginčytinas yra sprendimas byloje, kai kažkas svetimą daiktą pardavė trečiajam asmeniui, nors tretysis asmuo, nes daiktas buvo pavogtas iš savininko (Vokietijos CK 935 str., Šveicarijos CK 934 str.), nebūtų įgijęs nuosavybės. Ar turėtų šiuo atveju savininkas teisę, jeigu tretysis asmuo buvo nepažįstamas arba, nors ir pažįstamas, vietoj vindikacinio ieš-

kinio, kuris konkrečiu atveju yra nepraktiškas, iš pardavėjo reikalauti grąžinti sumą, kurią šis gavo iš trečiojo asmens? Vokietijos praktika užtikrina savininkui tokią teisę, jeigu jis sutinka su pardavimu trečiajam asmeniui pagal Vokietijos CK 185 str. ir tuo netenka savo nuosavybės. Akivaizdžiai kitaip nusprendžia Šveicarijos Federalinis Teismas (plg. BGE 71 II 90).

Praktikoje *ieškinys dėl nepagrįsto praturtėjimo* tapo labai svarbus ir ten, kur kišamasi ne į nuosavybę, o į kitas apsaugotas teises. Kas pažeidžia *patento, užpatentuoto pavyzdžio arba prekės ženklo teisę,* pagal Vokietijos CK 812 straipsnį teisės turėtojui privalo mokėti tinkamą ir įprastą licencinį mokestį; tačiau jis neturi grąžinti gauto pelno, kurį gavo pažeidimu (BGHZ 82, 299; BGHZ 99, 244). Tas pat galioja pažeidus atvaizdo ir vardo teisę. Kas reklamuoja savo produkciją žinomo aktoriaus atvaizdu arba žinomo verslininko vardu be jų sutikimo, privalo mokėti pinigų sumą, lygią atlyginimui, kuris paprastai mokamas aktoriui ar verslininkui už sutikimą komerciškai panaudoti savo atvaizdą arba vardą (BGHZ 20, 345; BGHZ 81, 75; BGH NJW 1992, 2084).

Kai kuriais atvejais pažeidėjas įsikišimu į svetimą teisę gali gauti pelno, viršijančio tinkamą licencijos mokestį. Ar gali asmuo, kurio teisės pažeistos, išsireikalauti ir šį pelną? Žinoma, toks reikalavimas pagal bendrąją ginčijamą nuomonę nekildinamas iš Vokietijos CK 812 straipsnio. Kitaip yra esant *kaltiems* pažeidimo veiksmams: šiuo atveju nuolatinėje praktikoje, pažeidžiant verslo apsauginę teisę, užtikrinamas reikalavimas ir dėl pelno išreikalavimo (plg. BGHZ 60, 168 ir 206). Šio reikalavimo pagrindas kartais matomas Vokietijos CK 687 str. 2 d., tačiau dažniausiai paprotinėje teisėje.

III.

Priešingai nei Vokietijos ir Šveicarijos teisė, *Prancūzijos* civilinis kodeksas neturi jokios bendrosios nuostatos apie nepagrįsto praturtėjimo grąžinimą. Tai aiškinama tuo, kad Pothieras, kurio kūriniai gerokai paveikė Prancūzijos CK prievolinę teisę, reikalavimą dėl nepagrįsto praturtėjimo nagrinėja ne apibendrinamai, o priešingai, iš visų tinkamų atvejų artimiau pavaizduodamas tik *condictio indebiti* atvejį. Beje, Pothieras svetimų reikalų tvarkymo be pavedimo institutui suteikė plačią naudojimo sritį, todėl daugelį nepagrįstai įvykusių turto perleidimo atvejų atgręžtinis įvykdymas iš bėdos buvo sprendžiamas su *negotiorum gestio* pagalba. Svarbiausios daugelio Prancūzijos CK išsibarsčiusių nepagrįsto praturtėjimo nuostatų yra taisyklės apie *indebitum* mokėjimą *(paiement de l'indu)* ir svetimų reikalų tvarkymą be pavedimo *(gestion d'affaires);* abu institutus Prancūzijos CK apibendrina antrašte *Des quasi-contracts* (1371 str.).

Po Prancūzijos CK įsigaliojimo 1804 metais Prancūzijos teismų praktika nepagrįsto praturtėjimo bylas pirmiausia pabandė išspręsti kodekse esamomis nuostatomis. Tačiau paaiškėjo, kad šių nuostatų, ypač nuostatų apie *gestion d'affaires*, neužteko nepagrįsto praturtėjimo byloms išspręsti. Todėl įtakingame Aubry ir Rau vadovėlyje buvo atstovaujama nuomonei, kad *bendras* reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo privalo būti užtikrintas, ir prie šio požiūrio 1892 metais prisijungė kasacinis teismas žymiojoje Boudiero byloje. Prieš pradedant nagrinėti šį pagrindinį sprendimą, trumpai turi būti išanalizuotas Prancūzijos CK 1376 straipsnyje sureguliuotas nepagrįsto praturtėjimo atvejis, būtent neskolingų mokėjimų atgalinis reikalavimas *(répétition de l'indu).* Ir Italijos CK šalia bendrųjų nuostatų apie nepagrįstą praturtėjimą turi specialių taisyklių apie neskolingų pinigų mokėjimą (*pagamento dell' indebito, Codice civile* 2033 str. ir kt.).

Prancūzijos CK jau nuostatose apie prievolės įvykdymą konstatuoja, kad *tout payement suppose une dette: ce qui payé sans être dû, est sujet à répétition* (1235 str.). Artimiausias šios teisės į atgalinį reikalavimą apipavidalinimas randamas Prancūzijos CK 1376 straipsnyje, kur ją įtraukia įstatymas apie reikalavimą iš kvazisutarties.

Pirmiausia būtinas gavėjo nepagrįstas praturtėjimas dėl *payment* (mokėjimo). Tai suprantama ne tik kaip pinigų mokėjimas, bet ir kaip daiktų grąžinimas; tam prilyginami panašūs įvykiai kaip, pavyzdžiui, užrašymas į kreditą sąskaitoje. Darbo apmokėjimas ir daikto perdavimas naudojimui nepatenka į mokėjimo sąvoką; šiuo atveju įsikiša *bendras* reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo, jeigu mokėjimas įvyksta be teisinio pagrindo.

Toliau būtina, kad mokėjimas būtų atliktas iš tiesų nesančia arba išnykusia skola. Čia priskiriamas ir atvejis, kai mokantysis užmoka svetimą skolą manydamas, jog jis pats yra skolininkas: šiuo atveju mokantysis gali reikalauti iš kreditoriaus atgalinio mokėjimo, nebent šis, pasitikėdamas prievolės įvykdymu, sunaikina skolos dokumentą (Prancūzijos CK 1377 str. 2 d.) arba atsisako garantijų (Civ. 1912.11.27, D.P. 1913.1.96, lygiai taip pat Italijos CK 2036 str.). Mokėjimų, kuriuos kažkas atlieka už egzistavusią, bet jau dėl senaties netekusią galios skolą, mokantysis negali reikalauti grąžinti, net jei jam senaties praleidimas ir nebuvo žinomas (Req. 1938.1.17, D.P. 1940.1.57 su Chevalliero pastabomis, Soc. 1991.4.11, Bull.V, Nr. 192; Italijos CK 2940 str.). Taip pat neįmanomas yra mokėjimų, kuriuos kažkas savanoriškai atliko vykdydamas padorumo ir paprotinę pareigą, atgręžtinis reikalavimas (Prancūzijos CK 1235 str. 2 d.; Italijos CK 2034 str.).

Labai ginčytinas yra klausimas, ar reikalavimui dėl nepagrįsto praturtėjimo užtenka, kad mokėjimas objektyviai nebuvo skolingas, arba ar reikia nustatyti, kad mokantysis, remdamasis suklydimu, laikė save įsipareigojusiu. Tai glaudžiai susiję su kitu klausimu: ar reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo yra neįmanomas, jeigu suklydimas egzistuoja, tačiau remiasi mokančiojo nerūpestingumu. Taip buvo atmestas banko reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo čekio išrašytojui, nes bankas čekį apmokėjo, nors jam jau buvo pranešta apie išrašytojo prašymą čekiui uždėti embargo (Com. 1985.7.16, D. 1986, 373 su Mestre pastabomis veikale Rev.trim.civ. 85 [1986] 109). Socialinio draudimo gavėjai dažnai galėjo reikalauti grąžinti permokėtus mokėjimus, nors į esmines nuostatas jų mokėjimo pareigai jie kaltai nekreipė dėmesio (pvz., Soc. 1977.11.8, Bull. V, Nr. 603). Jeigu, žinoma, tokiu atveju grąžinimo pareiga sukelia mokėjimo gavėjui nuostolių, toks nuostolis, pavyzdžiui, gali atsirasti dėl to, kad jis dabar greitai turi sumokėti tai, ką per ilgą laiką gavo iš lėto, jam dažnai gali padėti reikalavimas atlyginti nuostolius pagal Prancūzijos CK 1382 straipsnį, kuriuo jis gali padengti reikalavimą dėl nepagrįsto praturtėjimo.

Palyginkime Soc. 1972.11.3, J.C.P. 1974. II. 17692 su *Ghestin* pastabomis; Soc. 1972.3.21, J.C.P. 1973. II. 17343 bis; Civ. 1979.7.18, D.1980, 172 su *Vasseur* pastabomis, ir apie visa išsamiai *Defrenois-Souleau*, La repetition de l'indu, Rev.trim.civ. 88 (1989) 243. Savotišką sprendimą randa Italijos teisė: jei mokantysis už *svetimą* skolą sumokėjo klaidingai manydamas, jog jis pats yra skolininkas, jis gali reikalauti grąžinimo, jeigu įrodo, kad jis klydo ir kad suklydimas grindžiamas svarbiomis priežastimis (Italijos CK 2036 str.). Jeigu kažkas, priešingai, sumokėjo skolą, kurios *apskritai* nebuvo, mokantysis savo klaidos įrodyti neprivalo (Cass. 1950.1.3, n. 8, Foro it., Mas. 1950, 4)!

Pasirodo, kad Prancūzijos teisė su taisyklėmis apie *répétition de l'indu* išsprendžia didesnę dalį bylų, kuriose Vokietijos teisė užtikrina „nepagrįstą praturtėjimą dėl atsakovo neegzis-

tuojančios skolos pripažinimo". Žinoma, yra daug aplinkybių, kurios, šiandienine prancūzų nuomone, negali būti įveiktos šio teisinio instituto pagalba. Prie to priskiriamas nepagrįstai atliktų *paslaugų* vertės atgręžtinis reikalavimas, atgręžtinis reikalavimas dėl lauktos sėkmės neatsiradimo, „įsikišimo į turtą įgijimo" atvejai ir pirmiausia – „versijos atvejai", kuriuose reikalaujamas grąžinti mokėjimas visų pirma atitenka tarpiniam asmeniui, o per jį – atsakovui. Šioje situacijoje yra taikomas *bendras* reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo, kaip jį kasacinis teismas pirmą kartą išplėtojo *arret Boudier* (Req. 1892.6.15, D.P. 1892. 1. 596, S. 1893.1.281 su *Labbe* pastabomis).

Šio sprendimo pagrindas buvo tokia aplinkybė: ieškovas Boudieras žemės ūkio sklypo nuomininkui pardavė trąšas. Kai trąšos buvo pristatytos ir nuomininkas jas panaudojo, nuomos sutartis buvo nutraukta. Nuomininkas ir nuomotojas susitarė, kad nuomotojas turėjo perimti dar nenuimtą, bet patręštą derlių ir savo ekspertų įvertinama verte įskaityti jį į nesumokėtą mokestį už nuomą. Kai ieškovas sužinojo apie šitą susitarimą, pareiškė reikalavimą dėl trąšų vertės grąžinimo ne (nemokiam) nuomininkui, o tiesiogiai nuomotojui. Verčiausias dalykas šiame Aukščiausiojo Teismo kasacinio skyriaus sprendime yra tai, *kad* jis patenkino ieškinį; panašios aplinkybės jau seniau, nors ir su *gestion d'affaires anormale* pagalba, buvo nuspręstos. Verta dėmesio yra sprendimo *motyvuojamoji dalis*, kurioje pirmą kartą, remiantis ne įstatyminėmis nuostatomis, o tiesiogiai teisingumu, *action de in rem verso* vardu buvo pripažintas bendras reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo: „*... sur la troisieme branche, relative a la fausse application des principles de l'action de in rem verso: - Attendu que, cette action derivant du principle d'equite qui defend de s'enrichir au detriment d'autrui, et n'ayant ete reglementee par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis a aucune condition determinee; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allegue et offre d'etablir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procure a celui contre lequel il agit...*"

Labai greitai išaiškėjo, kad *arret* Boudiero formulė buvo per plati ir reikalavimą dėl nepagrįsto praturtėjimo padarė priklausomą vien tik nuo to, kad ieškovas savo sąskaita atsakovui suteikė finansinę paramą. Aubry ir Rau kaip kitų ieškinio sąlygų reikalavo, kad atsakovo praturtėjimas prasidėtų *sans sui légitime* ir kad toliau ieškovas neturėtų kito sutartinio ar deliktinio reikalavimo, kuriuo galėtų išbalansuoti savo turto sumažėjimą. Ir šias prielaidas kasacinis teismas mažai pakeista forma perėmė kitais metais. Kartu tapo aišku, kad išsireiškimas *action de in rem verso* įtraukia tik vieną skyrių iš bendro ieškinio dėl nepagrįsto praturtėjimo panaudojimo srities; šiandieną literatūroje įsišaknijo Saleilles iš Vokietijos teisės perimtas *enrichissement sans cause* apibrėžimas.

Pagal teismų praktikos išplėtotus principus bendras reikalavimas dėl pagrįsto praturtėjimo šiandien priklauso pirmiausia nuo to, kad įvyko turto permetimas, t.y. kad ieškovas prarado turto dalį *(appauvrissement)* ir, kaip to padarinys – atsirado atsakovo praturtėjimas *(enrichisement)*. Prancūzijos teisė neskirsto pagal tai, ar tas turto permetimas įvyko ieškovo „atliktu veiksmu", ar „kitokiu būdu". Dauguma „nepagrįstų praturtėjimų dėl atsakovo neegzistuojančios skolos pripažinimo" patenka į Prancūzijos CK sureguliuotą *répétition de l'indu;* ten, kur tai nėra atvejis, pavyzdžiui, atliekant paslaugą, įsikiša *action de in rem verso*. Jei pasitikėdamas būsimomis vedybomis kažkas sužadėtinio įmonėje atliko darbą, santuokai neįvykus gali reikalauti atlyginti paslaugų vertę *(une rémunération normale)*, jei nustatoma, kad jis pagal

šalies valią neturėjo būti atliktas neatlygintinai (Dijon 1928.2.7, Gaz.Pal. 1928. 1. 501). Tačiau čia priklauso ir „įsikišimo į turtą įgijimo“ atvejai: kas, pavyzdžiui, kaip genealoginio medžio tyrinėtojas atkreipia dėmesį į neturinčio teisės paveldėti asmens giminystę su trečiuoju asmeniu ir už savo duomenis prašo tam tikro priešpriešinio patenkinimo, gali, jeigu paveldėtojas šį įžūlų reikalavimą atmeta, tačiau savo pretenzijas į paveldėjimą pareiškia, *action de in rem verso* pagalba reikalauti, kad paveldėtojas atlygintų duotos informacijos vertę (Poitiers 1907.12.2, D.P. 1908. 2. 332; Riom 1950.6.20, Gaz.Pal. 1950. 2. 221). Taip pat siurblinė, kuri savo klientams aprūpinti pasinaudoja ieškovei priklausančiu vamzdynu, pastarajai privalo atlyginti nuostolius; pretenzija remiasi, kaip išsireiškia kasacinis teismas jam savitu glaustu sprendimų stiliumi, tiesiogiai *principe d'équité que nul ne peut sans juste cause s'enrichir aux dépens d'autrui* (Req. 1928.12.11, D.H. 1929, 18). Jeigu muzikos leidykla operos autorinėmis teisėmis pasinaudoja ilgesnį laiką, nei jai tai leista pagal su autoriais sudarytą sutartį, ji privalo grąžinti jiems per šį terminą gautą atlyginimą (Civ. 1927.6.7, S. 1928.1.19). Tačiau atrodo, kad teismų praktika šios minties nenori perkelti į patentų teisės pažeidimą: *Court de Paris* atmetė patento turėtojo pretenziją dėl nepagrįsto praturtėjimo, nes jis yra subsidiarus specialiai įstatymu sureguliuotai, *in casu* netekusia galios dėl senaties pretenzijai iš patentų pažeidimo *(contrefaçon)* (1922.3.8, Gaz.Trib. 1922. 2. 344).

Kasacinis teismas taip pat atmetė pavogto daikto savininko pretenziją dėl nepagrįsto praturtėjimo pripažinimo tam, kuris patikliai nupirko daiktą iš vagies ir už atlyginimą pardavė jį kitam (Civ. 1931.2.11, D.P. 1931. 1. 129 su *Savatiero* pastabomis, S. 1931. 1. 173 su *Gegouto* pastabomis; Com. 1969.11.25, Bull. IV, Nr. 351). Jeigu likvidatorius pateikė reikalavimą, kuris jau prieš bankroto paskelbimą kaip bendro skolininko išrašyto, davėjo neakceptuoto vekselio *provision* (komisiniai pinigai) perėjo ieškovui, pastarasis likvidatoriaus pateiktą sumą gali kaip nepagrįstą praturtėjimą išreikalauti iš turto (Civ. 1937.1.18, D.H. 1937, 145). Todėl atrodo taip, tarytum Prancūzijoje praturtėjimą grąžinti yra įsipareigojęs tas, kuris pateikia jam nepriklausantį reikalavimą (plg. Vokietijos CK 816 str. 2 d.), o ne tas, kuris parduoda jam nepriklausantį daiktą (Vokietijos CK 816 str. 1 d. su RGZ 106, 44).

Kita reikalavimo dėl nepagrįsto praturtėjimo prielaida yra ta, kad turto permetimas įvyko *sans cause légitime*. Tai kaip, pavyzdžiui, Vokietijos teisėje, yra tuo atveju, kai jo pagrindu nėra galiojančios sutarties. Prancūzijos teisėjas, žinoma, netikrina šio klausimo analizuodamas, ar *ieškovas sumokėjo* remdamasis galiojančia sutartimi; priešingai, jis klausia vien tik to, ar atsakovas šį mokėjimą *gavo* remdamasis tokia sutartimi. Šis skirtumas būtų bereikšmis, jeigu reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo, kaip tai yra Vokietijoje pagal „betarpiškumo principą“, būtų užtikrintas tik tais atvejais, kai turto permetimas atliktas tiesiogiai tarp ieškovo ir atsakovo. Tačiau Prancūzijos teisė pripažįsta, kaip rodo ir Boudiero byla, reikalavimą dėl nepagrįsto praturtėjimo ir tais atvejais, kai mokėjimas atsakovui perėjo netiesiogiai, t. y. tik tada buvo naudingas, kai jis perėjo per trečiojo asmens turtą. Šiais „versijos atvejais“ reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo, prancūzų nuomone, yra neįmanomas, jeigu atsakovas gali išaiškinti, kad jam mokėjimas įplaukė arba remiantis tarp jo ir trečiojo asmens sudaryta sutartimi, arba tarp jo ir trečiojo asmens esančiais *įstatyminiais prievolės santykiais*. Jeigu tokios sutarties arba tokio įstatyminio prievolės santykio tarp atsakovo ir trečiojo asmens nėra, tada trūksta *cause légitime*, kuri galėtų pateisinti atsakovo turto padidėjimą. Atsakovas

yra įsipareigojęs atlyginti vertę, nors tai nepriklauso nuo to, ar *ieškovas* su trečiuoju asmeniu sudarė galiojančią sutartį ir remiantis ta sutartimi galėtų iš jo reikalauti mokėjimo.

Šiuos principus kasacinis teismas užfiksavo daugelyje sprendimų. Ypač aiškiai jie atsiranda abiejuose Req. 1939.2.22 ir Civ. 1939.2.28, D.P. 1940. 1. 5 sprendimuose su *Riperto* pastabomis: šioje byloje verslo įmonės nuomininkas ieškovui pavedė atlikti remonto darbus. Kadangi išaiškėjo, kad nuomininkas nemokus, ieškovas reikalavimą atlyginti vertę pateikė tiesiogiai nuomotojui. Abiem atvejais kasacinis teismas nusprendė, kad ieškiniai turėtų būti atmesti, jeigu nuomininkas, remdamasis nuomos sutartimi, pasibaigus nuomai verslo įmonės *suremontuotą* inventorių yra įsipareigojęs grąžinti nuomotojui: nors dėl remonto darbų nuomotojo turtas padidėjo, šis turto padidėjimas *sa juste cause* yra sutartyje, kurią jis sudarė su nuomininku (nuolatinė teismų praktika; plg., pvz., Civ. 1986.5.28, Bull. III, Nr. 83). Kitaip nuspręsta bylose, kai atsakovas negalėjo remtis tuo, jog pagal sutartį su trečiuoju asmeniui jis turi teisę gautą daiktą pasilikti: Req. 1940.9.11, S. 1941. 1. 121 su *Esmeino* pastabomis atsakovė pardavė pirkėjui žemės sklypą; šis pavedė ieškovui atlikti tam tikrus statybos darbus. Atlikus darbus ieškovas tapo nemokiu, todėl atsakovė nutraukė sutartį ir pareikalavo žemės sklypą grąžinti atgal. Atsižvelgdamas į tai ieškovas pateikė reikalavimą ne (nemokiam) pirkėjui, remdamasis darbo sutartimi, bet *action de in rem verso* požiūriu tiesiogiai atsakovei, ir kasacinis teismas ieškinį patenkino. Iš tiesų, atsakovės praturtėjimas šiuo atveju pateisinamas ne *cause legitime*, nes joks galiojantis sutartinis santykis, kuris pirkėjo atžvilgiu turėtų teisę žemės sklypą statybos darbais pagerintą laikyti dyką, nėra akivaizdus. Palyginkime ir Req. 1910.12.20, D.P. 1911. 1. 337.

Prancūzų doktrinoje klausiama, ar kasacinio teismo sprendimas Boudiero byloje suderinamas su šiais, tik XX a. aiškiai išplėtotais principais. Daugelis autorių į šį klausimą atsako teigiamai. Žinoma, teisinga, kad Boudiero byloje nuomininkas ir nuomotojas susitarė, jog nuomotojas derlių turi perimti įskaitydamas likusį mokestį už nuomą. Iš to būtų galima daryti išvadą, kad nuomotojas, kaip versijos atsakovas, derlių įgijo remdamasis *cause légitime*, būtent su nuomininku sudarytu perėmimo susitarimu ir todėl trąšų tiekėjui kaip versijos ieškovas nėra įsipareigojęs atlyginti vertę. Tuo tarpu Labbe'as savo sprendimo pastabose S. 1893. 1. 281 nurodė tai, kad, nustatydami derliaus vertę, ekspertai būtų išskaitę trąšų kainą, nes jie vadovavosi tuo, jog nuomotojas nuomininkui už tai sumokės specialų atlyginimą. Jeigu tai teisinga, derliaus perėmimas ir kartu atsakovo praturtėjimas šiuo požiūriu buvo pateisinamas ne *cause légitime*, t. y. galiojančia sutartimi su nuomininku, kad derliuje investuota trąšų vertė. Ir šiandieną su savo ieškiniu laimėtų ieškovas.

Prancūzijos teismų praktika šalia *cause légitime* reikalavimo nustato daugybę kitų sąlygų, kurios apriboja bendro reikalavimo dėl nepagrįsto praturtėjimo panaudojimo galimybę. Moksle šios sąlygos, arba kai kurios iš jų, apibendrinamos trumpomis *subsidiarité de l'action de in rem verso* tezėmis, kuriomis norima pasakyti, kad ieškinys dėl nepagrįsto praturtėjimo prieš tokius reikalavimus, kurie priklauso ieškovui kitu pagrindu, iš esmės nėra leistinas.

Palyginkime *Drakidis*, ten pat. Italijos civilinio kodekso 2042 straipsnis netgi akivaizdžiai nurodo, kad ieškinio dėl nepagrįsto praturtėjimo negalima pareikšti, jeigu tam, kuriam padaryta žala, nuostoliai gali būti atlyginti kitaip. Jei dėl Prancūzų teisės, norėtųsi manyti, kad būtent „versijos bylose" ieškinys dėl nepagrįsto praturtėjimo turėtų sudužti į subsidiarumo principą, nes šiuo atveju ieš-

kovas, atsižvelgdamas į viską, gali pareikšti ieškinį, remdamasis galiojančia sutartimi su *trečiuoju asmeniu,* kuriam perėjo atsakovo pelnas. Žinoma, šios išvados nepadarė kasacinis teismas; priešingai, jis nedviprasmiškai nusprendė, kad tokio sutartinio reikalavimo trečiojo asmens atžvilgiu buvimas, šiaip ar taip, neprieštarauja *caractère subsidiaire de l'action de in rem verso*, jeigu šis reikalavimas dėl trečiojo asmens nemokumo yra *neįgyvendinamas* (Req. 1940.9.11, S. 1941. 1. 121; taip pat Italijos teismų praktika, palyginkime Cass. 1953.3.26, Nr. 782, Foro it. 1953 I c. 1467). Tačiau šis reikalavimas „versijos bylose" turbūt įvykdomas taip gerai, kaip visada.

Todėl subsidiarumo principas praktinę reikšmę pirmiausia įgavo tokiose bylose, kai ieškovas atsakovui gali pareikšti ieškinį, pagrįstą sutartimi arba kitu teisiniu pagrindu, tačiau šis ieškinys negali būti tenkinamas dėl senaties arba (daugiau) dėl to, kad baigėsi kitoks terminas arba dėl kitų priežasčių, ir todėl ieškovas (veltui) bando trauktis iš kelio *action de in rem verso*. Todėl ieškovas proceso metu negali pagrįsti savo ieškininio reikalavimo visų pirma paskolos sutartimi, o paskui, nes pagal Prancūzijos CK 1341 straipsnį jis negali pateikti tam tikslui reikalaujamo dokumentinio įrodymo, tokią pačią aplinkybę paprastai grindžia nepagrįstu praturtėjimu (arret *Clayette*, Civ. 1914.5.12, S. 1918. 1. 41). Tas pat galioja, jeigu statybos įmonės savininkas įsipareigojo įrengti namą fiksuotomis kainomis: šiuo atveju jis, jeigu apsiskaičiavo, negali reikalauti atlyginti savo perteklinių išlaidų remiantis *action de in rem verso*, nes paprastai būtų apeita Prancūzijos CK 1793 straipsnio nuostata, kuri tokias didesnes išlaidas iš esmės užkrauna savininkui (Civ. 1915.3.2, D.P. 1920. 1. 102). Kas Jėzuitų ordinui padovanojo žemės sklypą, jeigu ordiną panaikina valstybė ir aukotojams nustatomas tam tikras teisės į atgręžtinį reikalavimą likvidatoriaus atžvilgiu įgyvendinimas, po termino praleidimo reikalavimo negali kildinti iš nepagrįsto praturtėjimo (Civ. 1922.2.22, S. 1923. 1. 153; plg. RGZ 124, 204). Taip pat patento turėtojas, kaip jau buvo minėta, negali patento pažeidėjo atžvilgiu reikalavimo pagrįsti *action de in rem verso*, jeigu specialiame įstatyme numatytas reikalavimas dėl patento teisių pažeidimo nors ir buvo, tačiau tuo tarpu dėl senaties neteko galios (Paris, 1922.3.8, Gaz.Trib. 1922. 2. 344).

IV.

Dar visai neseniai buvo galima sakyti, kad Europos žemyno teisininkas žengia „tarsi į kitą pasaulį", jeigu bando prasiskverbti į bendrosios teisės praturtėjimo teisę. Šiandieną to tvirtinti nebegalima. Po *Goff/Jones* novatoriškos knygos pasirodymo 1966 metais teismų praktikoje ir literatūroje pripažinimą išsikovojo nuomonė, kad yra bendras atsakomybės į *unjust enrichment* (nepagrįsto praturtėjimo) grąžinimą teisės principas, kad šiuo principu remiasi savita, nuo sutarčių ir deliktinės teisės besiskirianti *law of restitution* (restitucijos teisė) ir kad svarbu šį principą sukonkretinti taisyklėmis, kurios būtų naudingos ne tik teisinei praktikai, bet ir dėstytojams bei studentams.

Žinoma, šis rezultatas buvo pasiektas tik po ilgų pasipriešinimų. Pirmiausia jie pagrįsti tuo, kad Anglijos teisėje tradiciškai sudarytos konkrečių ieškinių formų grupės, iš kurių atskiros jau anksčiau perimdavo užduotis, kurias šiandien būtų galima priskirti nepagrįsto praturtėjimo institutui. Prie tokių ieškinio formų visų pirma buvo priskiriamos tokios, kurios kartu, kaip ir romėnų teisėje, tarnavo ir sutartinių reikalavimų įgyvendinimui. Panašiai kaip *condictio* buvo nukreiptas į atgręžtinį *certum* reikalavimą, kad ir kaip būtų, ar *certum* skolingas pagal pa-

skolą, stipuliaciją, ar kaip *indebitum* – Anglijoje XIV ir XV amžiais *action of debt* (ieškiniu dėl skolos) buvo reiškiamas ieškinys dėl skaičiais išreikštų konkrečių pinigų sumų, nebent jos būtų skolingos kaip paskolos suma, piniginė bauda arba sprendimu pripažinta pinigų suma, taip pat nebent ieškovas, vykdydamas sutartį, ginčytiną sumą sumokėjo atsakovui, tačiau sutartį panaikinus dėl *failure of consideration* (priešpriešinio patenkinimo nebuvimo), reikalaujama ją grąžinti. Atsparos taškus dėl nepagrįsto praturtėjimo išsprendimo atvejų rodo *action of account*, ieškinys dėl ataskaitos pateikimo, kuris buvo suteikiamas ir tokiems ieškovams, kurie per klaidą ar remiantis dėl priešpriešinio patenkinimo negaliojančia sutartimi atsakovui sugrąžino mokėjimą. Kadangi *action of debt* (ieškinys dėl skolos) ir *action of account* (ieškinys dėl ataskaitos pateikimo) turėjo būti įgyvendinti nepaprastai lėtame ir brangiame procese, ypač atsakovas, dalyvaujant priesaikos padėjėjams, *wager of law* (lažybų teise) galėjo prisiekti apie ieškinį, – Anglijos teismai XVI ir XVII amžiais pareiškė sutikimą judresnį *action of assumpsit* (ieškinį dėl žodinio įsipareigojimo) naudoti ir *debt* bei *account* atvejais: *assumpsit* ieškinys, kuris išsirutuliojo iš deliktinės teisės, pirmiausia buvo suteikiamas tik tais atvejais, kai šalis sutartyje nedviprasmiškai sutiko *(assumpsit)* atlikti tam tikrą mokėjimą; šioje situacijoje ieškovas, jeigu skolininkas įvykdė mokėjimą blogai arba apskritai jo neatliko, *action of assumpsit* (ieškiniu dėl žodinio įsipareigojimo) galėjo reikalauti atlyginti nuostolius. Pamažu šis ieškinys buvo panaudotas ir tais atvejais, kai nuo pat pradžių buvo skolinga tam tikra pinigų suma, kuriai su ieškinio dėl skolos pagalba privalėtų būti pareikštas ieškinys. Buvo leidžiama, kad skolininkas po skolos atsiradimo ją akivaizdžiai perimdavo vykdymui; ir iš čia kreditoriaus užtikrintas ieškinys buvo pavadintas *indebitatus assumpsit*. Nuo *Slade's Case* – kelią rodančio 1602 metų sprendimo – buvo pripažinta, kad kiekvienai skolai, vis vien, dėl kokio teisinio pagrindo ji kilo, ieškiniu dėl žodinio įsipareigojimo galėjo būti pareikštas ieškinys, net jei pasižadėjimas mokėti nebuvo aiškiai perimtas, o tik pagal galimybes, visiškai fiktyviai, atskleistas. Tuo kelias pretenzijas dėl nepagrįsto praturtėjimo pateikti *indebitatus assumpsit* ieškinio forma tapo laisvas, kur, žinoma, reikėjo vadovautis fikcija, kad skolos, atsiradusios iš kito teisinio pagrindo, įvykdymą „pažadėjęs" skolininkas. *Indebitus assumpsit* ieškinys vietos požiūriu, kaip tai būdinga Anglijos teisei, pamažu apėmė tam tikras bylų grupes. Pinigus, kuriuos ieškovas atsakovui sumokėjo remdamasis suklydimu arba grasinimu, arba vykdydamas negaliojančią sutartį, jis galėjo reikalauti grąžinti *action for money had and received* pagalba. Jeigu atsakovas pateikė pretenziją dėl ieškovo paslaugų ar dėl daiktų perdavimo, nors nebuvo susitarta dėl kainos, ieškovui buvo pripažintas *action for quantum meruit* arba *action for quantum valebat*. Galiausiai bylose, kai teismai ieškovui pripažindavo reikalavimą, nes jis trečiajam asmeniui atsakovo naudai sumokėjo pinigus, ieškinys apibrėžtas kaip *action for moeney paid (laid out and expended for the use of another). By 1750, defendants had been forced in individual cases to give back gains on substantially all the grounds we have recognised in modern law* (*Dawson*, ten pat, p. 11).

Anglijoje iki šių laikų nebuvo galima pastebėti jokių siekimų, kurie orientuotųsi į tai, kad šios įvairios bylų rūšys būtų sujungtos vieningu pagrindu. Tik *Lordas Mansfieldas Moses* v. *Macferlan* (1760) 2 Burr. 1005, 97 Eng.Rep.676 byloje šia kryptimi atliko didelį bandymą:

Atsakovas raštu pasižadėjo ieškovui pareikšti atgręžtinį reikalavimą ne kaip vekselio perdavėjui. Tačiau tai jis padarė vėliau, ir teisme, kuris, atsižvelgdamas į pateiktą vekselį, pareiškė nepajėgiąs skirti dėmesio papildomam susitarimui, pasiekė sprendimą prieš jį. Ieškovas sumokėjo remdama-

sis sprendimu, tačiau tuoj po to pareiškė Karalienės suolo teismui *(Court of King's Bench)* ieškinį dėl atgalinio mokėjimo. *Lordas Mansfieldas action for money had and received* požiūriu patenkino ieškinį ir pretenzijos pagrindą apibrėžė taip: *If the defendant be under an obligation, from the ties of natural justice, to refund, the law implies a debt, and gives this action, founded in the equity of the plaintiff's case, as it were upon a contract (quasi ex contractu, as the Roman law expresses it)...the gist of this kind of action is that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money.* Palyginkime su šiuo sprendimu Martinek, ten pat, S. 292 f.

Šitame Lordo Mansfieldo sprendime neabejotinai pasiekta galimybė iki šiol išplėtotus reikalavimus dėl nepagrįsto praturtėjimo atskirti nuo istoriškai susiklosčiusio ryšio su sutarčių teise. Tačiau raida prabėgo kita, priešinga kryptimi. Jeigu iki to laiko fiktyvaus sutartinio pasižadėjimo grąžinti pinigus priėmime buvo pastebimas tik sumanus procesinis veiksmas, kuris reikalavimus dėl nepagrįsto praturtėjimo įgalino įgyvendinti su *assumpsit* ieškinio pagalba, teismų praktika nuo XIX amžiaus vidurio perėjo į fiktyvų pasižadėjimą – vadinamą *implied contract*, kad tiesiog pamatytų tikrus reikalavimų dėl nepagrįsto praturtėjimo pagrindus. Šių pretenzijų kildinimas iš *natural justice and equity*, kaip pasiūlė Lordas Mansfieldas, atrodė, jog ne tik nutrynė ribas *Equity* (Teisingumo) teismų praktikos technine prasme, bet ir dviejų šimtmečių sandūroje neatitiko Anglijos teisėjų tiksliai išankstinėje nuomonėje orientuoto pozityvizmo.

Taip Lordo Mansfieldo teorija turėjo taikstytis su kai kuria kritika. Ji buvo apibrėžiama kaip *vague jurisprudence which is sometimes attractively styled as „justice between man and man"* (*Lordas Sumneris Baylis* v. *Bishop of London* [1913] 1 Ch. 127, 140 byloje), kaip *well-meaning sloppiness of thought* (*Lord Justice* (teisėjas, kuris yra Lordų Rūmų narys) *Scruttonas* Holt v. Markham [1923] 1 K.B. 504, 513 byloje). *Hanbury* pastebėjo, kad *Lordas Mansfieldas Moses* v. *Macferlan* byloje „pervažiavo pernelyg siaurą tiltą", *which leads from the sound soil of implied contract to the shifting quicksands of natural equity* (L.Q.Rev. 40 [1924] 31, 35). Teismų praktikoje ši raida aukščiausią tašką pasiekė Lordų Rūmų *Sinclair* v. *Brougham* [1914] A.C. 398 byloje: viršydama savo įstatuose numatytą komercijos tikslą *ultra vires* vienas statybos taupomasis bankas vykdė bankinius sandorius. Kai taupomasis bankas pradėjo likvidavimo procesą, indėlininkai pareiškė reikalavimą grąžinti aktyvus, kurie, kadangi sutartys dėl komercinių tikslų pagal tuometinę Anglijos teisę buvo niekinės, rėmėsi *action for money had and received.* Šio reikalavimo, Lordų Rūmų požiūriu, ieškovai neturėjo: reikalavimo pagrindas esąs teismų sistemos išgalvotas pasižadėjimas grąžinti pinigus, kuris anksčiau minėtu atveju, jei pasižadėjimas būtų aiškiai duotas, taip pat pažeistų įstatuose numatytą tikslą ir negaliotų. *The law cannot de jure impute promises to repay, whether for money had and received or otherwise, which, if made de facto, it would inexorably avoid* (ten pat, p. 452). Panašiai nuspręsta jau anksčiau *Cowern* v. *Nield* [1912] 2 K. B. 419 byloje: nepilnametis pasižadėjo pristatyti tam tikrų prekių ir pinigus gavo iš anksto. Po to, kai pirkėjas nepilnavertę partijos dalį atmetė ir nustatė, kad nepilnametis nepristatys ir likusios dalies, pirkėjas pareiškė ieškinį dėl atgalinio mokėjimo. Kadangi reikalavimas rėmėsi *breach of contract* (sutarties pažeidimu), jis nebuvo sėkmingas, nes sutartis dėl atsakovo nepilnametystės buvo negaliojanti. Tačiau ieškinys negalėjo remtis ir *for money had and received* reikalavimu, nes, taip manė teismas, ir šis reikalavimas kyla *ex contractu* ir todėl atsimuša į atsakovo nepilnametystę. Ly-

giai taip pat *Leslie Ltd.* v. *Sheill* [1914] 3 K.B. 607 byloje. Šie sprendimai Anglijos literatūroje šiandien dažniausiai aštriai kritikuojami. Iš tiesų šiuo atveju teorija apie reikalavimų dėl nepagrįsto praturtėjimo kvazisutartinį pagrindą naudojama visu griežtumu, kuris labai gerai rodo, kad yra ir angliška jurisprudencijos varianto sąvoka. Tiesioginio klausimo, kaip svarstytinas kreditoriaus interesas dėl neteisėtai atimtų pinigų grąžinimo prieš interesą, kuris yra pagrindas *ultra vires* teorijai arba nepilnamečių apsaugai, teismai abiem atvejais neiškėlė (plg. apie tai taikliai *Goff/Jones*, ten pat, p. 10, 524, 538 ir kt.).

Šiandien Anglijoje vargiai kas ištars žodį „kvazisutartis", jeigu kalbama apie reikalavimo dėl nepagrįsto praturtėjimo pagrindimą. *In our view, the concept of implied contracts is, in this context, a meaningless, irrelevant and misleading anachronism* (*Goff/Jones*, ten pat, p. 10). Tai pačiai pozicijai atstovauja Birksas, kuris savo aprašymą apie „kvazisutarties" teorijos pakilimą ir kritimą baigia taip:

Nowadays, the most important thing to say about the relationship between restitution and quasi-contract is that the term „quasi-contract" ought to be given up altogether. It has no work to do. Quasi-contractual obligations are simply those common law obligations which arise from unjust enrichment. They are restitutionary in content, and unjust enrichment is their causative event. To persist in calling them quasi-contractual is to insist on a usage which adds no further information about them but does perpetually threaten to revive their misleading history (ten pat, p. 39).

Šiandien vis daugiau tiek literatūroje, tiek teismų praktikoje pripažinta, kad reikalavimų dėl nepagrįsto praturtėjimo gausa, kurią garantuoja Anglijos precedentų teisė, iš esmės remiasi principu, kad privalo būti grąžinta nauda, kurią atsakovas gavo ieškovo sąskaita, jeigu ši nauda atsakovo turte atrodo kaip *unjust enrichment. The principle of unjust enrichment*, – kalbama *Goff/Jones* veikale, *presupposes three things. First, the defendant must have been enriched by the receipt of a* benefit. *Secondly, that benefit must have been gained at the* plaintiff's *expense. Thirdly, it would be* unjust *to allow the defendant to retain that benefit* (ten pat, p. 16).

Jungtinėse Valstijose nepagrįsto praturtėjimo institutas savo raidą pradėjo taške, kurį Anglija pasiekė vadovaujant Lordui Mansfieldui, nors, pavyzdžiui, Anglijoje vėliau praturtėjusio asmens grąžinimo pareigos nebuvo bandyta paremti *implied contract* (numanomu susitarimu). Jau 1893 metais Keeneris paskelbė veikalą apie „kvazisutarčių" institutą, kuriuo 1913 metais Woodwardas pasekė tokio pat pavadinimo darbu. Woodwardas akcentavo, kad „kvazisutartiniai" reikalavimai nekyla iš *contract implied in law* (įstatymu numanomo susitarimo); šiuos reikalavimus jis apibrėžė kaip

legal obligations aristing, without reference to the assent of the obligor, from the receipt of a benefit the retention of which is unjust, and requiring the obligor to make restitution (p. 4).

Svarbų žingsnį 1937 metais žengė *Restatement of the Law of Restitution* (Teisių atkūrimo įstatymo teisės normų sąvadas), kurį peržiūrėjo amerikiečių profesoriai Seavey ir Scottas (toliau – Sąvadas). Jame buvo apibendrintos teismų praktikoje išplėtotos taisyklės apie nepagrįstų turto permetimų sureguliavimą. Jis parengė kartu bendrą tezę, kad *a person who has been*

unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution (§1) ir pirmą kartą išnagrinėjo *Equity* (Teisingumo) teismų praktikos išplėtotus reikalavimus, jeigu šie atlieka nepagrįsto praturtėjimo funkcijas (plg. *Seavey/Scott*, L.Q.Rev. 54 [1938] 29; L.Q.Rev. 54 [1938] 529 ir *Martinek*, ten pat, p. 294 ir kt.).

Jeigu nuo dabar norėsime trumpai išnagrinėti svarbiausias bylų rūšis, kuriose angloamerikiečių teisė užtikrina reikalavimus dėl nepagrįsto praturtėjimo, konstatuojame, kad ir bendrajai teisei tinka (Vokietijos teisinėje erdvėje įprastas) atskyrimas tarp „nepagrįsto praturtėjimo dėl atsakovo neegzistuojančios skolos pripažinimo" ir „ieškinio dėl nepagrįsto praturtėjimo". Goff/Jones išdėsto įvairiausias bylų rūšis pagal tai, ar atsakovas turto naudą gavo *from or by the of act the plaintiff* – tai maždaug atitinka mūsų „nepagrįstą praturtėjimą dėl atsakovo neegzistuojančios skolos pripažinimo", ar jis ją gavo *by his own wrongful conduct* – tai atitinka „ieškinį dėl nepagrįsto praturtėjimo".

Šalia Goff/Jones sudaro specialią grupę bylų, kuriose ieškinys nukreiptas į turtinės naudos, kurią atsakovas įgijo *iš trečiojo asmens (where the defendant has acquired from a third party a benefit for which he must account to the plaintiff)*, grąžinimą. Tai tokios bylos, kuriose kažkas po to, kai sumokėjo trečiojo asmens skolą, bus paskelbtas turinčiu teisę iš trečiojo asmens reikalauti visų tų teisių, kurios prieš mokėjimą priklausė kreditoriui trečiojo asmens atžvilgiu (*doctrine of subrogation*, plg. ir Sąvado 162 str.). Tad laiduotojas po to, kai sumokėjo skolą, atgalinį reikalavimą gali nukreipti skolininkui ir pagrįsti jį tomis pretenzijomis, kurios prieš mokėjimą priklausė *kreditoriui:* jeigu kreditoriaus naudai buvo suteikta garantija, po įvykusio mokėjimo laiduotojas gali ja pasinaudoti. Tas pat galioja draudikui, kuris sumokėjo draudėjui ir nuo šiol gali įgyvendinti pastarojo pretenzijas prieš asmenį, padariusį žalą. Kontinente šie atvejai reguliuojami įstatyminėmis nuostatomis, kuriose nustatyta, kad mokantysis asmuo *cessio legis* būdu įgyja mokėjimo gavėjo pretenzijas trečiojo asmens atžvilgiu (plg. Vokietijos CK) 774, 1143, 1225 str., 67 VVG, Prancūzijos CK 1251, 2029 str., 36 franz. VVG). *Cessio legis*, kuris iš esmės tarnauja atgręžtinio reikalavimo dėl svetimos skolos sumokėjimo garantijai (motyvuotos nepagrįsto praturtėjimo požiūriu), dėl įstatymu numatyto reikalavimo perėjimo įtakos pas mus lengvai užmirštamas; tik draudimo santykius reguliuojančioje teisėje VVG 67 straipsnis mielai grindžiamas „praturtėjimo uždraudimo" mintimi. Bendrojoje teisėje priešingai, *doctrine of subrogation* nuolat pateisinama tuo, kad kitu atveju tretysis asmuo praturtėtų nepagrįstai; ir tai yra dėl to, kad čia išplėtotos taisyklės tiek Sąvade, tiek Goff/Jones traktuojamos kaip praturtėjimo principo suformulavimai (plg. ir *Caemmerer*, jubiliejinis leidinys, Rabel, p. 360 ir kt.).

a) Pirmiausia norime atkreipti dėmesį į tuos atvejus, kai kalbama apie tokios turtinės naudos grąžinimą, kurią atsakovas įgijo *from or by the act of the plaintiff*. Šiuo atveju bendrojoje teisėje skiriama atskira atvejų grupė, pagal kurią atsakovo gauta nauda yra pripažįstama nepagrįsta. Svarbią grupę čia pirmiausia sudaro tokios aplinkybės, kai sumokama remiantis klaidingu esamos skolos spėliojimu (*payment under mistake*, Sąvado 6–69 str.). Kita gausi bylų grupė – tai mokėjimai, kurie atliekami remiantis prievarta *(compulsion* arba *coercion):* tas, kuris sumokėjo paveiktas grasinimo *(duress)* arba esant aplinkybėms, iš kurių išplaukia, kad jo valios susidarymas buvo paveiktas nesąžiningai panaudojant familiarius santykius *(undue influence)*, gali reikalauti grąžinti sumokėtus pinigus. Sąvadas, taip pat Goff/Jones mokėjimo atvejį „esant prievartai" mato ir tada, kai vienas iš kelių bendraskolininkių kreditorių,

tarsi pastarojo priverstas, patenkina, nuo skolos atleidžia kitus bendraskolininkius, ir nuo šiol reikalauja kompensacijos *(doctrine of contribution)*. Ir šie kompensacijos reikalavimai bendrojoje teisėje yra teismų praktikos kūrinys, kai jų pagrindas vėlgi matomas ne bendraskolininkius nuolat jungiančioje *sutartyje*, o tiesiogiai *principles of justice* (teisingumo principuose). Būdinga yra tai, kad Anglijos teisėje raida šioje srityje yra pažengusi į priekį, kai kompensacija leidžiama visų pirma esant bendram laidavimui ir tik vėliau – kitoms bendraskolininkio atsakomybės formoms. Dar šiandien Goff/Jones rūpestingai skiria pagal tai, ar kalbama apie kompensaciją tarp kelių tokio paties turto akcininkų, bendraskolininkių, draudikų, patikėtinių. Kai kurios kompensavimo nuostatos galioja tik tam tikro pobūdžio skoliniams teisiniams santykiams. Visgi autoriai sėkmingai rūpinasi *general principles* suformulavimu šioje srityje (ten pat, p. 299 ir kt.; plg. ir Sąvado 81–85 straipsnius). Galima sekti, kaip moderniame angloamerikiečių moksle pamažu įsitraukia apibendrinamųjų taisyklių sudarymo procesas, kuris Vokietijoje įvyko jau XVIII ir XIX amžiais ir prie kurio atvedė civilinio kodekso– geležine abstrakcija vargu ar pralenkiančios – nuostatos apie bendrą skolą (421 str. ir kt.).

Kitą svarbią grupę sudaro atvejai, kai ieškovas sumokėjo remdamasis *sutartimi*, kuri dėl suklydimo, trūkstamo veiksnumo, aplinkybių pasikeitimo, sutarties pažeidimo, prieštaravimo įstatymams arba geriems papročiams ar dėl kitos priežasties yra negaliojanti arba vėliau buvo nuginčyta. Dėmesio verta yra tai, kad bendroji teisė savo istorinėje raidoje ir šiandieninėje situacijoje šiuo požiūriu ne visas bylas suvienodina taip, kad visur būtų kalbama apie klaidinga sutartimi besiremiančių mokėjimų atgalinį sutarčių vykdymą. Todėl bendrų taisyklių, kurios galiotų visiems šiems atvejams, bendrojoje teisėje nežinoma. Priešingai, sutarčių atgalinis plėtojimasis priklauso nuo *klaidos*, kuri sutartį padarė negaliojančia, *rūšies*. Jeigu ieškovas reikalauja iš atsakovo grąžinti tai, ką jis sumokėjo remdamasis klaidinga sutartimi, angloamerikiečių teisėjas remiasi precedentiniais atvejais, kurie su pateiktu atveju sutampa tiek, kad ir juose veiksnumo trūkumas, prieštaravimas įstatymui arba kita specifinė priežastis sukelia sutarties negaliojimą. Taip jau atsitinka, kad bendrojoje teisėje taisyklės apie mokėjimų, kurie padaryti remiantis klaidinga sutartimi, grąžinimą, pagal tuo metu egzistuojančios negaliojimo priežasties rūšį gali smarkiai skirtis. Šis būdas, lyginamosios teisės požiūriu, akivaizdžiai turi savo pliusų ir minusų: viena, bendroji teisė klaidingų sutarčių atgalinį vykdymą gali sutvarkyti taip, kaip to reikalauja, priklausomai nuo klaidos rūšies, įvairūs interesai. Antra, prisiderinimo sugebėjimas įgyjamas sunkiai pasiekiamu daugiapusiškumu, kuris pažabojamas bendromis taisyklėmis ir kontinento stebėtoją veikia gerokai trikdančiai.

Painiava kyla iš aplinkybės, kad, kaip jau pavaizduota aukščiau, vokiečių ir romaniškojoje teisinėje erdvėje praturtėjimo santykius reguliuojanti teisė neapsunkinama klausimu, ar sutartis, kurios įvykdyme pasiekiamas mokėjimas, yra galiojanti, ar ne (plg. ir *v. Caemmerer*, jubiliejinis leidinys, Rabel, p. 343 ir kt. ir *Dawson*, ten pat, p. 113). Tai nusprendžia sutarčių sudarymo teisės nuostatos. Kai išaiškinamas sutarties galiojimo klausimas, tik tada pradeda veikti praturtėjimo santykius reguliuojanti teisė: ji tikrina, ar mokėjimas padarytas remiantis sutartimi, o paskui iš sutarties negaliojimo padaro išvadą, kad atsakovas mokėjimą gavo „nepagrįstai" ir todėl privalo jį grąžinti. Žinoma, ir kontinentinė praturtėjimo santykius reguliuojanti teisė ne visai gali užmerkti akis prieš tai, *dėl kokios priežasties* galiojančios sutarties nebuvo. Vokiečių teisinėje erdvėje visur atsiranda specialių praturtėjimo santykius reguliuojančių nuostatų, svarbių tik tiems atvejams, kai pagrindu esanti sutartis negalioja todėl, nes ji prieštarauja *įstatymui* arba *geriems papročiams* (plg. Vokieti-

jos CK 817, 819 str. 2 d., Austrijos CK 1174 str., Šveicarijos PK 66 str.). Klausimas, kokia apimtimi atsakovas privalo grąžinti praturtėjimą, netiesiogiai priklauso nuo priežasties, sukėlusios sutarties negaliojimą: pagal Vokietijos CK 818 str. 3 d. ir 819 straipsnį atsakovas neatsako už tai, jeigu nepagrįstai gauto daikto jis nebeturi, nebent apie nepagrįstumą *žinojo* gaudamas tą daiktą. Tai iš esmės reiškia, kad gavėjas negali remtis praturtėjimo objekto netekimu, jeigu šio netekimo pagrindu iš gavėjo išryškėja *apgaulė* arba *grasinimas*; atvirkščiai, *nepilnametis* gali prieštarauti praturtėjimo panaikinimui, jeigu apie sudarytos sutarties negaliojimą jis žinojo gaudamas mokėjimą: būtent šiuo žinojimu savo interesų apsauga teismų praktika jo neapkaltina.

b) Didelę praktinę reikšmę bendrojoje teisėje turi tie atvejai, kai atsakovas turtinę naudą gavo ne ieškovo mokėjimu, bet *by his own wrongful conduct*, t.y. tuo, kad jis, kaip pasakytų Vokietijoje, be leidimo panaudojo, pritaikė arba išeikvojo svetimą daiktą ar svetimą teisę. Šiuo atveju bendroji teisė remiasi tuo, kad įsikišimas į svetimą teisę reiškia teisės pažeidimą *(tort)* ir teisės turėtojui garantuoja teisę atsisakyti nuo jam priklausančio deliktinio ieškinio dėl nuostolių atlyginimo (*to waive the tort*, kaip seniau buvo sakoma) ir iš asmens, kuris padarė žalą, vietoje to reikalauti grąžinti tai, ką šis gavo teisės pažeidimu. Kas, pvz., parduoda arba perdirba kilnojamus daiktus, kurie jam nepriklauso, įvykdo (jis veikia įsitikinęs savo teisumu) *conversion* arba *trespass to chattels* tipo teisės pažeidimą; apie *trespass to land* atvejį kalbame, jeigu kas nors savo galvijus išleidžia pasiganyti į kito asmens žemės sklypą, ten pastato statinį, iškasa mineralus, dujas arba vandenį nukreipia per kito asmens žemės sklypą arba kitokiu būdu jam trukdo realizuoti valdymą. Visais šiais atvejais asmuo, turintis įgaliojimus, atsisakydamas deliktinio ieškinio dėl nuostolių atlyginimo iš kito asmens gali reikalauti, kad šis grąžintų išeikvotų daiktų vertę arba jo gautą pardavimo pelną, arba gautų panaudojimų vertę. Dar neišspręstas klausimas, ar tas, kuris įsikišo į svetimą teisę, ir tada privalo ieškovui atlyginti vertę, jeigu nustatyta, kad pastarasis dėl įsikišimo nepatyrė jokių nuostolių, ir atsakovas sutaupė vien tik išlaidas. Remiantis ypatingomis atskiros bylos aplinkybėmis į šį klausimą atsakyta teigiamai. Tačiau bendro šio turinio principo nėra. *Philipps* v. *Homfray* (1883) 24 Ch.D. 439 byloje įmonininkas savo kasykloje iškastiems mineralams išgabenti panaudojo po žeme nutiestas šachtas ir štolnes, kurios buvo suplanuotos ieškovo žemės slype. Tuoj pat po to įmonininkas mirė, o tai pagal to meto teisę turėjo tokių pasekmių, kad prieš jį egzistuojantis ieškinys dėl nuostolių atlyginimo, pagrįstas iš *trespass to land* delikto, pagal seną *actio personalis moritur cum persona* principą žlugo. Todėl ieškovas iš paveldėtojo reikalavo ne atlyginti nuostolius, o grąžinti naudą, kuri į palikimą įplaukė dėl to, kad testatorius panaudojo ieškovo šachtas ir štolnes. Ieškinys buvo atmestas, nes testatorius sutaupė išlaidas, o ne svetimą nuosavybę prijungė prie savo turto.

He saved his estate expense, but he did not bring into it any additional property or value belonging to another person (ten pat, p. 462) Palyginkime ir *Stoke-on-Trent City Council* v. *W.E.J. Wass Ltd.* [1988] 3 All E.R. 394 bylą: atsakovė ieškovės rajone įrengė turgų, nors žinojo, kad teisė dėl to išimtinai priklauso tik ieškovei. Ieškinys dėl tinkamo mokesčio už licenciją buvo atmestas, nes ieškovė negalėjo įrodyti, jog jai dėl atsakovės elgesio atsirado nuostolių. Palyginkime apie tai kritiškai Goff/Jones, ten pat, p. 717 ir kitus puslapius. Jungtinėse Valstijose nuomonės tuo klausimu pasiskirstė. Jeigu kalbama apie *kilnojamų daiktų* panaudojimą be leidimo, Sąvado 128 [1] straipsnyje rašoma: *A person who has tortiously used the chattel of another is under a duty of restitution to the owner for the value of the use, although the owner would not have used the chattel*

and although it was not harmed by the use. Taip pat nuspręsta *Olwell* v. *Nye & Nissen Co.* 26 Wash. 2d. 282, 173 P. 2d 652 (1946) byloje: šiuo atveju atsakovė be leidimo tam tikrą laiką pasinaudojo ieškovo mašina, tačiau ieškovas ją tariamai nenaudotą laikė stovinčią sandėlyje (panašiai *Strand Electric and Engineering Co. Ltd.* v. *Brisford Entertainments Ltd.* [1952] 2 Q.B. 246). Jei kalbėtume apie *žemės sklypų* naudojimą be leidimo, Sąvadas šiuo atveju išsireiškia gana nedviprasmiškai (plg. 129 str.), praktikoje atsiranda daugiau sprendimų, kuriuose nukrypstama nuo *Philipps* v. *Homfray* bylos, ir ieškovui pripažįstamas reikalavimas ir tuo atveju, jeigu žemės sklypo vertė dėl naudojimo ne sumažėjo, bet atsakovas dėl panaudojimo sutaupė išlaidas; plg. *Raven Red Ash Coal Co.* prieš *Ball* 185 Va. 534, 39 S.E. 2d 231 (1946); *Edwards* v. *Lee's Administrator* 265 Ky. 418, 96 S.W. 2d 1028 (1936), *De Camp v. Bullard* 159 N.Y. 450, 54 N.E. 26 (1899). Palyginkime apie tai išsamiai *Palmer*, ten pat, 2.5 ir 10 str.

Tos pačios taisyklės galioja ir tais atvejais, kai pažeidėjas nepažeidė nuosavybės teisės į daiktus, bet įsikišo į ieškovo nematerialines teises, taigi pažeidė patentų, autorines, prekių ženklų teises ar komercines paslaptis. Teismai tokiais atvejais ieškovui pripažįsta reikalavimą dėl pažeidėjo gauto pelno grąžinimo.

Palyginkime *Peter Mfg. Corp.* v. *Corsets Silhouette, Ltd.* [1964] 1 W.L.R. 96; *Matarese* v. *Moore-McCormack Lines* 158 F. 2d 631 (2nd Cir. 1946); *Eckert* v. *Braun* 155 F. 2d 517 (7th Cir. 1946); *Reynolds* v. *Whitin Mach. Works* 167 F. 2d 78 (4th Cir. 1948) bylas. Jungtinėse Valstijose teismai labai dažnai nagrinėjo klausimą, ar reikalavimas dėl pelno grąžinimo egzistuoja ir tada, jeigu atsakovas šį pelną gavo pažeisdamas ieškovo asmenines neturtines teises. Šiuos atvejus reikia skirti. Reikalavimas ieškovui priklauso, jeigu asmeninių teisių pažeidimas slypi tame, kad jo vardą arba atvaizdą atsakovas panaudoja nuosaviems komerciniams tikslams. Kitaip bus tuo atveju, jeigu atsakovas apie ieškovą platina melagingus ar įžeidžiančius faktus arba jį akivaizdžiai neteisingai apibūdina. Palyginkime *Hart v. E.P.Dutton & Co.* 197 Misc. 274, 93 N.Y.S. 2d 871 (1949) bylą ir išsamiai Palmer, ten pat, 2.9 str. su kitais patvirtinimais. Už to slypi bendras klausimas: kokioms sąlygoms esant teisinė pozicija yra apsaugota tiek, kad tas, kuris ją neteisėtai pažeidė, privalo atlyginti ne nuostolius, o grąžinti iš to gautą pelną. Vokietijoje klausiama, ar suteikdama teisinę poziciją teisės sistema savo turėtojui norėjo (taip pat) priskirti išimtinę naudojimo teisę – pritaikymo monopolį (plg., pvz., *Esser/Weyers*, Schuldrecht II [1984] 399 ir kt.). Anglijoje Birksas pateikė panašų klausimą: ar pareigą, kurią atsakovas pažeidė, jis (taip pat) įgijo dėl to, kad sukliudytų jo praturtėjimui: *So the question has to be asked in relation to the particular facts: Was the prevention of the enrichment which the defendant has acquired a main purpose behind the wrong which he has committed?* (ten pat, p. 329; palyginkime ir Goff/Jones, ten pat, p. 720 ir kt.).

c) Iki šiol pavaizduotos angloamerikiečių teisės taisyklės apie nepagrįsto praturtėjimo grąžinimą iš esmės išplėtotos *Common Law Courts* (bendrosios teisės teismų) praktikoje. Tačiau tuo pat metu ir *Equity (Teisingumo)* teismai sukūrė teisinius institutus, kurie vykdo nepagrįsto praturtėjimo funkcijas ir dėl tos priežasties užfiksuoti tiek Sąvade, tiek ir moderniame Goff/ Jones vadovėlyje. Šiam institutui priklauso, šalia jau trumpai paminėtos *doctrine of subrogation* (doktrinos apie ieškovo pakeitimą kitu asmeniu), visų pirma *constructive trust* (nesavanoriška patika, sukuriama įstatymu ar teismo sprendimu) ir *equitable lien* (kreditoriaus reikalavimo užtikrinimas skolininko turtu).

Esant *trust* (patikai) kalbama apie teisinį santykį, kai kažkas yra teisės turėtojas, tačiau pagal tam tikras *Equity* (Teisingumo) teismų praktikos išplėtotas taisykles, yra įsipareigojęs šią teisę valdyti kaip patikos valdytojas *(trustee)* tam tikrų naudą gaunančių asmenų naudai. Paprastai tokia patika atsiranda teisiškai komerciniu šalių susitarimu *(express trust);* esant *constructive trust* (nesavanoriškai patikai), priešingai, kažkas pagal objektyvią teisę, atsižvelgdamas į tam tikrą turtinį objektą, tiesiogiai bus pripažįstamas kaip patikos valdytojas kito asmens naudai. Tiek esant teisės komerciniu požiūriu sukurtai patikai, tiek ir nesavanoriškai patikai, naudos gavėjams priklauso, kaip ir teisingumo teismų praktikoje išplėtota, kvazidaiktinė teisė į patikoje šališką objektą tiek, kad jie patikos valdytojo bankrote gali reikalauti objekto ar pakaitalo išskyrimo.

Tokio daiktinio reikalavimo sąlyga, žinoma, visada yra tokia, kad pareikalautas grąžinti daiktas gali būti atskirtas nuo kito patikos valdytojo turto. Visgi bendroji teisė šiuo atveju naudos gavėjo interesais išplėtojo daugybę fikcijų, kurios daiktiniam reikalavimui neleidžia sužlugti net tada, jeigu patikos pinigai patikos valdytojo banko sąskaitoje susimaišo su jo nuosavais pinigais arba patikos valdytojas, pridėjęs savo nuosavus pinigus, išnaudoja pinigus žemės sklypui pirkti. Šiuo atveju banko aktyvai arba žemės sklypas paprastai įkeičiamas *(equitable lien)* naudos gavėjui priklausančios sumos dydžiu, ir ši įkeitimo teisė išsikovoja pirmutinį patikėtinio reikalavimų patenkinimą (*doctrine of tracing*, palyginkime atskirais atvejais *Goff/Jones*, ten pat, p. 83 ir kt. *In re Tilley's Will Trust* [1967] 2 W.L.R. 1533; Sąvado 202 str. ir kt.; *Kötz*, Trust und Treuhand (1963), p. 30 ir kt., 77). Netgi tretysis asmuo, kurio naudai, pažeisdamas savo grąžinimo prievolę, patikos valdytojas disponuoja patikos šališku daiktu, savo ruožtu kaip nesavanoriškas patikos valdytojas gali reikalauti grąžinimo, jeigu jis daikto neįsigijo kaip *bona fide purchaser of value*, t.y. atlygintinai ir be žinios apie disponavimo pasitikėjimo sunkumus (plg. *Kötz*, ten pat, su kitais įrodymais).

Todėl ypač atsakovo nemokumo atvejais daug kas priklauso nuo to, ar ieškovo reikalavimas grąžinti daiktą remiasi nesavanoriška patika, t.y. tuo, kad atsižvelgiant į grąžinti reikalaujamą daiktą atsakovas pripažįstamas kaip nesavanoriškas patikos valdytojas ieškovo naudai. Į lemiamą klausimą, kokioms sąlygoms esant taip yra, Anglijos ir Jungtinių Valstijų teismų praktika atsako skirtingai. *Anglijoje* vadovaujamasi nuomone, kad nesavanoriška patika yra tik tada, jeigu kažkas su kitu asmeniu palaiko ypatingus pasitikėjimo santykius *(fiduciary relationship):* tik tokiu atveju yra pateisinama komerciniu teisės požiūriu suformuotai patikai sukurti analogiją ir įpareigoti pasitikėjimo asmenį dėl tam tikro, kitam asmeniui priklausančio turto objekto, jį grąžinti pagal patikos taisykles. Nesavanoriški patikos valdytojai atitinkamai yra, pvz., advokatas ir klientas [*Re Hallett's Estate* (1880), 13 Ch. D. 696], palikimo valdytojas ir paveldėtojas (*Re Diplock* [1948] Ch. 465), kapitalo bendrovės direktoriai ir ši bendrovė (*Sinclair* v. *Brougham* [1914] A.C. 398), tam tikromis sąlygomis *agent* (įgaliotinis) ir *principal* (įgaliotojas) [*Burdick* v. *Garrick* (1870) L.R. 5 Ch. App. 233], netgi bankas ir tas, kuris per neapsižiūrėjimą 2 milijonus svarų sterlingų pervedė į spėjamo kreditoriaus sąskaitą (*Chase Manhattan Bank N.A.* v. *Israel-British Bank Ltd.* [1981] Ch. 105).

Jungtinėse Valstijose nesavanoriškos patikos priėmimui *nedaroma* prielaidos, kad tarp dalyvių esąs pasitikėjimo santykis. Priešingai, nesavanoriška patika Amerikos teismams tarnauja kaip techninė priemonė, kuri naudojama ten, kur atsakovas yra savo turte esamo objekto, kuriuo jis, jei jį galėtų išlaikyti, nepagrįstai praturtėtų ieškovo sąskaita, valdytojas ir kurį jis todėl privalo ieškovui grąžinti.

Palyginkime *Scott*, L.Q.Rev. 71 (1955) 39 ir *Restatement on Restitution* (Teisių atkūrimo įstatymo teisės normų sąvadą; 1937): „Where a person holding title to property is subject to an equitable duty to convey it to another on the ground that he would be unjustly enriched if he were permitted to retain it, a constructive trust arises“. Panašios formuluotės randamos ir teismų praktikoje: žiūrėkite byloje *Beatty* v. *Guggenheim Exploration Co.* 225 N.Y. 380, 122 N.E. 378 (1919); *Knight Newspaper* prieš *Commissioners of Internal Revenue* 143 F. 2d. 1007 (6th Cir. 1944). Ir Anglijoje buvo pasiūlyta nesavanoriškos patikos nenagrinėti kaip *substantive institution* (realų institutą), kuris lemia ypatingus pasitikėjimo santykius tarp šalių; priešingai, šią teisinę figūrą, kaip ir amerikiečių teisėje, reiktų suvokti kaip procesinę priemonę *(remedial institution)*, su kurios pagalba sprendžiami atvejai, kai teismas prieš tai nustatė, jog atsakovas iš ieškovo tam tikrą daiktą atėmė be pateisinamos priežasties; *Waters*, The Contructive Trust (1964); *to paties autoriaus*, The English Contructive Trust; A Look into the Future, Vand.L.Rev. 19 (1966) 1215; taip pat *Goff/Jones*, ten pat, p. 93 ir kt.; tačiau kitaip *Birksas*, ten pat, p. 375 ir kt.

Jeigu mes savęs klausiame, kokioms sąlygoms esant Amerikos teisė mano, kad atsakovas *unjustly enriched* (nepagrįstai praturtėjo) tam tikru turtiniu objektu ieškovo sąskaita, susiduriame su jau žinomomis aplinkybių rūšimis: jei ieškovas daiktą perdavė atsakovui, remdamasis *suklydimu*, ir daiktą dar galima pastarojo turte atskirti, atsakovo su daiktu santykiai yra nesavanoriškos patikos valdytojo ieškovo naudai (Sąvado 163 str.). Tas pat galioja, jeigu ieškovo mokėjimas remiasi tuo, kad gavėjas arba tretysis asmuo jį *apgavo*, *grasino* arba *nesąžiningu* būdu savo valia *darė įtaką* (plg. Sąvado 166 str. ir kt.). Šiuo atveju nesavanoriška patika tarnauja atgaliniam klaidingų turtinių disponavimų įgyvendinimui; ji atlieka funkcijas, kurios romaniškojoje teisinėje erdvėje patikėtos *repetition de l'indu*, vokiškojoje – atgręžtiniam reikalavimui dėl neskolingo mokėjimo. Kartu, žinoma, atkreiptinas dėmesys į tai, kad priimant nesavanorišką patiką ieškovui, kitaip nei kontinente, pripažįstamas ypač veiksmingas *daiktinis* reikalavimas.

Re Berry 147 F. 208 (2d Cir. 1906) byloje ieškovai per neapsižiūrėjimą atsakovui persiuntė daugiau nei 1500 Amerikos dolerių čekį iš tiesų neegzistuojančiai skolai apmokėti. Atsakovas čekį perdavė savo bankui, kad šis įtrauktų jį į sąskaitą, gavo nurašytą ekvivalentą ir paskui subankrutavo. Teismas nustatė, kad atsakovo piniginės lėšos per laikotarpį tarp čekio sumos nurašymo ir bankroto pradžios, nepaisant šiek tiek pinigų paėmimo iš sąskaitos, niekada neperžengė 1500 Amerikos dolerių sumos ir nusprendė, kad atsakovas arba likvidatorius banko pinigines lėšas, kurių dydis 1500 Amerikos dolerių, *on constructive trust* (esant nesavanoriškai patikai) turi ieškovų naudai, todėl prieš kitus bankroto kreditorius pastarieji turi pirmumo teisę reikalauti sumokėti pinigų sumą. Palyginkime apie tai išsamiai *Palmer*, ten pat, 11.5 str. ir *Goff/Jones*, ten pat, 131 ir kt. str.

V.

Vokietijoje dažnai atstovaujama nuomonei, kad nepagrįsto praturtėjimo reikalavimo pagrindas yra teisingumas. Ieškiniai dėl nepagrįsto praturtėjimo, taip buvo argumentuojama, būtų užtikrinti, jeigu turtiniai permetimai „dėl ypatingos priežasties pasirodytų nepagrįsti, t.y. prieštarautų teisingumui“ (*Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse [1954] 220 I straipsnis); tai ypač atsitinka tais atvejais, jeigu pagal formalią teisę, ypač remiantis *abstrakcijos principu*, į gavėjo turtą perėjo mokėjimai, kurių jis, jeigu turėtų būti pasiektas turtinių santy-

kių teisėtos ir sąžiningos tvarkos galutinis tikslas, negalėtų pasilikti: čia teisė turėtų pripažinti kompensacinio pobūdžio reikalavimą, „kad kiek galima užgydytų žaizdas, kurias ji pati padaro" (*Dernburg*, Bürgerliches Recht II 2 [1906] 677). Ir Imperijos teismas kartą kalbėjo apie „atsižvelgimą į teisingumą", „į kurį remiasi nepagrįsto praturtėjimo reikalavimu pasiektas turtinių permetimų išlyginimas, prasidėjęs su formalios teisės pagalba" (RGZ 86, 343, 348, taip pat BGHZ 36, 232, 235).

Į tokius tvirtinimus šiandien žiūrima skeptiškai. Lyginamoji teisė rodo, kad nepagrįsto praturtėjimo institutas klesti ir ten, kur nežinomas disponavimo sandorių abstraktumo principas. Iš teismo sprendimų, kuriuos nagrinėjome, išplaukia, kad ieškiniai dėl nepagrįsto praturtėjimo paprastai orientuojasi į pinigų atgręžtinį reikalavimą arba į tai, kad atsakovas grąžintų vertę to, ką jis ieškovo neteisėtai padarytomis paslaugomis sutaupė arba gavo neteisėtu įsikišimu į jo teises; šiuo atveju abstrakcijos principas apskritai nesvarbu. Jeigu sakoma, kad nepagrįsto praturtėjimo institutas remiasi teisingumu, tai, žinoma, teisinga, jeigu aišku, kad santykiai, kuriuos nepagrįsto praturtėjimo institutas išlaiko teisingumui, nėra intymesni nei sutarčių sudarymo ar deliktinės teisės santykiai. Teisės istorijos raidoje nepagrįsto praturtėjimo reikalavimai galėtų girtis savo tiesioginiu kilimu iš *aequitas* arba prigimtinės teisės. Tai galėtų būti naudinga, kol šie reikalavimai šalia kitų, kylančių iš sutarties ar prieštaravimo teisei, privalėtų rungtis dėl pripažinimo. Šiandien jiems visose teisės sistemose garantuota neginčijama vieta. Todėl nepagrįsto praturtėjimo institutas, palyginus su kitomis civilinėmis teisinėmis materijomis, nėra jokia aukštesnio ar žemesnio laipsnio teisės sritis: teisėtai pastebi Caemmereris, kad „atgręžtinis reikalavimas to asmens, kuris prekes pristatė blogam adresatui, du kartus sumokėjo tą pačią sąskaitą arba atliko mokėjimą, nors sutartis nebuvo sudaryta,...yra ne kas kita, kaip reikalavimas grąžinti mokėjimą, kylantį iš sutarties arba pirkimo ir pardavimo nutraukimo aptikus prekių broką" (jubiliejinis leidinys, Rabel, p. 339; plg. ir *Wilburg*, ten pat, p. 18 ir kt.).

Žinoma, ir prancūzų autoriai *action de in rem verso* pagrindė teisingumo samprotavimais. Esmeinas rašo:

> *...l'action de in rem verso n'a pris place, dans notre droit, que comme un moyen de combler les lacunes, en permettant d'obtenir une indemnité dans les cas où le sentiment de justice l'impose impérieusement* (S. 1941. 1., p. 122). Taip pat Davidas: *The doctrine has always been applied in practice with due regard to the requirements of natural justice. It is consequently impossible to state the doctrine in a form which is absolutely systematic, because it is dominated by the subjective and paramount notions of morality and fair play* (Camb.L.J. 5 [1935] 222 ir kt.). Taip pat Rouastas: *Le fondement de la jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause n'est autre qu'un principe de Droit naturel, le principle de l'équilibre des prestations* (Rev.trim.civ. 21 [1922] 93).

Šiam požiūriui labiau atstovaujama Prancūzijos teisėje. Negalima pamiršti, kad – civiliniame kodekse nesureguliuotą – bendrą nepagrįsto praturtėjimo reikalavimą išplėtojo tik teismų praktika. Iš tiesų šio teisės instituto teisminę kūrybą (kaip ji dėkinga Boudiero *arrêt*) galima pagrįsti samprotavimu, jog Prancūzijos CK turįs spragą, kurią teisėjas privaląs užpildyti remdamasis teisingumo kriterijais. Prancūzijos teisės mokslui, kaip rodo Davidso pastabos, akivaizdu, jog dar nevisiškai pasisekė tiksliai bendrais bruožais apmesti *action de in rem verso;* kol tai nėra atvejis, ieškinio kildinimas iš teisingumo tarsi pakaitalas tarnauja patenkinančia forma neišplėtotoms sisteminėms struktūroms.

Prancūzijos teisėje dėmesio vertas yra principinis ieškinio dėl nepagrįsto praturtėjimo leidimas ir tais atvejais, kur jis technine prasme atrodo kaip *Versionsklage*, taigi nukreiptas į atsakovą, kuris mokėjimą iš ieškovo gavo tik *netiesiogiai,* būtent taip, kad ieškovo mokėjimas skirtas pirmiausia trečiajam asmeniui ir tik iš šio – atsakovui. Kasacinis teismas suvokė, kad su neribotu versijos ieškinio leidimu jie Boudier *arrêt* nuėjo per toli. Todėl jis išplėtojo daugybę ribojančių sąlygų, kurios bando sistemingai suvokti teoriją tuo, kad ji *action de in rem verso* iš esmės pririša prie dviejų reikalavimų: pirma, atsakovo praturtėjimo pagrindu negali būti *cause légitime;* versijos bylose tai reiškia: atsakovas negali gauti mokėjimo, remdamasis su trečiuoju asmeniu sudaryta sutartimi. Antra, ieškovui negali priklausyti reikalavimas kitu teisiniu pagrindu *(principe de la subsidiarité);* tai versijos atvejais reiškia: ieškovas negali turėti sutartinio reikalavimo *nemokaus* trečiojo asmens atžvilgiu. Praktiškai žiūrint skirtumas tarp Vokietijos ir Prancūzijos teisės versijos ieškiniuose yra tik toks: jeigu ieškovas, remdamasis galiojančia sutartimi, atliko mokėjimą trečiajam asmeniui ir tik tretysis asmuo šį mokėjimą panaudojo atsakovo turte, Vokietijoje ieškovo nepagrįsto praturtėjimo reikalavimas atmetamas, o Prancūzijoje ieškovui jis garantuojamas, jeigu tretysis asmuo yra nemokus ir atsakovas negali nurodyti galiojančios sutarties, kurią jis sudarė su trečiuoju asmeniu ir pagal kurią trečiojo asmens atžvilgiu jis turi teisę pasilikti sau tai, ką gavo.

Neturėtume skubotai smerkti šios kasacinio teismo praktikos. Visgi Vokietijos teismai, galiojant bendrajai ir Prūsijos teisei, tam tikromis sąlygomis versijos ieškinį leido; jeigu civilinio kodekso kūrėjai pasisakė prieš versijos ieškinio įstatyminį reglamentavimą, nes manė, kad tokiu reglamentavimu sukuriamas „labai neaiškus ir sunarpliotas santykis“ (Motive II, 872), galima ginčytis dėl to, ar to meto teismų praktikai nepavyko pasiekti tinkamo versijos reikalavimo atskyrimo.

Nestebina tai, kad vienu metu Imperijos teismo išplėtotos ribojančios sąlygos iš esmės sutampa su kasacinio teismo pripažintomis sąlygomis. Imperijos teismas RGZ 1, 143 turėjo nuspręsti, kai atsakovo patėvis, veikdamas savo vardu, iš ieškovo nupirko įrenginius, kad įmontuotų juos atsakovui priklausančiame malūne. Vos tik mašinos buvo įrengtos, patėvis mirė, nepalikdamas vertingo turto, ir tiekėjas dėl žalos atlyginimo pareiškė ieškinį malūnininkui. Imperijos teismas, pasinaudodamas Prūsijos teise, nusprendė, kad ieškinys atmestinas tik tokiu atveju, jei malūnininkas galėtų įrodyti, jog įrenginius iš patėvio jis buvo įgijęs pagal su juo sudarytą pirkimo ir pardavimo sutartį; kitu atveju ieškinys patenkinamas. Iš tiesų galima paklausti, ar patėvis įrenginius įsigijo kaip malūnininko įgaliotinis arba direktorius, nors tam neturėjo įgaliojimo, ar tai nėra nereikalingas aplinkkelis, jeigu sprendimą tiekėjas pirmiausia privalo pasiekti prieš patėvio paveldėtoją ir jo pagrindu paskui įkeisti reikalavimą dėl atleidimo malūnininko atžvilgiu (BGB 670, 683, 257) ir pagaliau – pastarajam pareikšti ieškinį dėl mokėjimo. Tarkime, kad patėvio palikimas paskendęs skolose ir todėl paskirtas palikimo valdytojas: ar šiuo atveju tinkama, kad reikalavimas dėl atleidimo tarnauja visiems palikimo kreditoriams patenkinti, nors perkant įrenginius buvo kalbama apie sandorį, kuriam esant patėvis, kaip rašoma OGH 1952.1.16, SZ 25, Nr. 13 – „ekonomiškai nevaidina jokio vaidmens, veikia versijos ieškinio interesais ir ekonomiškai yra tik tarpinė stotelė?“

Jeigu manome, kad galiojanti Vokietijos teisė gerai padarė atmetusi versijos reikalavimą, tada remiamės tokiais samprotavimais: politiniu teisės požiūriu principas atrodo sveikai, tad ir sutarčių sudarymo teisėje kiekvienas asmuo pasitikėjimo turi ieškoti ten, kur jį paliko: būtent – pas sutarties šalį, kurios pajėgumu jis pasitikėjo sudarydamas sutartį. Taip pat versijos

reikalavimas sukelia nepageidaujamą versijos atsakovo dvigubą atsakomybę, nes jis turi atlyginti tiek versijos ieškovui, tiek ir trečiajam asmeniui – pagal aplinkybes skirtinga apimtimi. Galiausiai bijoma, kad esant versijos atsakovo tiesioginiam reikalavimui jam gali pereiti ir trečiojo asmens teisėti prieštaravimai, kuriuos jis galėtų pareikšti ieškovui. Pasitaiko atvejų, kai šis samprotavimas veda prie neteisingų rezultatų, nes tretysis asmuo veikė atsakovo sąskaita ir jo interesais, neketindamas siekti pelno (ypač remdamasis giminystės santykiais), dirbo už jį. Kai kada gali padėti teismų praktika: daroma prielaida, kad tretysis asmuo veikė kaip atsakovo atstovas arba už jį, bet ne už tą, „kieno tai reikalas". Tačiau prieš išplėsdama šiuos institutus per daug, tokiais išimtiniais atvejais atviru argumentavimu ji turėtų mieliau garantuoti tiesioginį reikalavimą, jeigu dėl to pagal atskiros bylos aplinkybes negali būti pažeisti tiek trečiojo asmens, tiek atsakovo interesai.

Iš bendrosios teisės matėme, kad šandien Anglijoje *law of restitution* (grąžinimo teisės) pagrindinė paskirtis aprašyta tiek, kiek ir pas mus nepagrįsto praturtėjimo instituto paskirtis. Vokiečių teisininkas vargiai ar galėtų kitaip apibrėžti nepagrįsto praturtėjimo sąvoką, nei tai padarė Goff/Jones, kai jie reikalavo, *first, that the defendant has been enriched by the receipt of a benefit; secondly, that he has been so enriched at the plaintiff's expense: and thirdly, that it would be unjust to allow him to retain the benefit.* Ir jeigu Šveicarijos PK 62 str. 1 d. rašoma, kad nepagrįstą praturtėjimą privalo grąžinti tas, „kuris neteisėtu būdu praturtėjo iš kitos asmens turto", atrodo, kad nuo šios nuostatos tiesi linija eina iki amerikiečių Sąvado, pagal kurio 1 straipsnį *a person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other.* Tačiau negalima susivilioti tuo, kad minėtos angloamerikiečių teorijos formuluotės, – kaip tai nedviprasmiškai sako Sąvadas (*Introductory Note* (Įžangoje) prieš 1 straipsnį), – turi vien tik *general guides for the conduct of courts;* jos vaizduoja tik *principles* (principus), o ne *rules* (taisykles), nepajėgia tiesiogiai panaudoti pavienio atvejo, o tik nurodo bendrą direktyvą, kuria teismas turi vadovautis, panaudodamas ir tobulindamas *case law* (precedentų teisėje) išplėtotas pavienes aplinkybes. Kiek kitaip Vokietijos teisėje: jeigu Vokietijos CK 812 straipsnyje kalbama apie tai, kad atsakovas privalo būti gavęs „kažką" „kito asmens mokėjimu" „pastarojo sąskaita" „be teisinio pagrindo", visos šios formuluotės vaizduoja praturtėjimo reikalavimų faktinius aplinkybių požymius, kurie sukonkretinti teismų praktikoje, aprūpinti tam tikra technine svarba ir tiesioginiu panaudojimu padaromi prieinamais pavieniam atvejui. Žinoma, reikia saugotis per daug šį atskyrimą pabrėžti. Mes pastebėjome, kad bendrojoje teisėje – paskutiniaisiais dešimtmečiais ir Anglijoje – su niekuo nesusijusių viena šalia kitos esančių ieškinio formų vietoje įrašomi bendrieji principai su teisine praturtėjimo funkcija, ir šie principai sukonkretinami bendromis taisyklėmis, pritaikytomis konkrečioms bylų rūšims ir todėl bando atsižvelgti į pagal aplinkybes egzistuojančius specifinius interesus.

Priešingai, niekas vokiečių ar šveicarų teisėje neneigia, kad įstatyme abstrakčiai sureguliuoti ieškinio dėl praturtėjimo požymiai teisėjui yra menkavertės sąvokos, kol jis nenustatė, kaip teismų praktika ir teorija šiuos požymius apibrėžė. Tas atitinka tai, kad v.Caemmereras savo darbuose išplėtojo „nepagrįsto praturtėjimo reikalavimų tipologiją" ir pagrįstai akcentavo, kad „tik su tokia tipologija, o ne ruošiant bendruosius kriterijus... praturtėjimo reikalavimui suteikiama forma ir ribos" (jubiliejinis leidinys, Rabel, p. 337). Taigi šiek tiek skirtingi gali būti nepagrįsto praturtėjimo institutas ir *law of restitution* (grąžinimo teisė), tačiau aiškiai suvokiama, kad savo moksliniu nagrinėjimu šios teisės sritys viena prie kitos priartės: jeigu Vokietijoje per daug *abstrakti* įstatymo kazuistika išpurenama reikalavimų dėl nepagrįs-

to praturtėjimo tipologija, tai bendrojoje teisėje per daug *konkrečiai* precedentų teisės kazuistikai ruošiamasi suteikti formą ir struktūrą plėtojant bendrąsias taisykles. Abi sistemos viena iš kitos gali daug ko pasimokyti.

39. NEPAGRĮSTAS PRATURTĖJIMAS. ATSKIRI KLAUSIMAI

Išskyrus prieš 38 skyrių išvardytą literatūrą: *Aubert*, La répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans jurisprudence belge (1954); *Bishop/Beatson*, Mistaken Payments in the Law of Restitution, U.Tor.L. 36 (1986) 149; *Birks*, Konkurrierende Strategien und Interessen: Das Irrtumserfordernis im Bereicherungsrecht des common law, Z.EuP 1933, 554; v. *Büren*, Bemerkungen zu Art. 66 OR, SJZ (1962) 225; *Dawson*, Erasable Enrichment in German Law, Boston Univ.L.Rev. 61 (1981) 271; *to paties autoriaus*, Restitution without Enrichment, Boston Univ.L.Rev. 61 (1981) 563; *Flessner*, Wegfall der Bereicherung, Rechtsvergleichung und Kritik (1970); *Flume*, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum deutschen Recht, jubiliejinis leidinys, Niedermaeyer (1953) 160; *Grodecki*, In Pari Delicto Potior est Conditio Defendentis, L.Q.Rev. 71 (1955) 254; *Hackbarth*, In pari turpitudine melior est conditio possidentis, Ein Vergleich zwischen dem anglo-amerikanischen und dem deutschen Recht, Hamburger Dissertation (1967); *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB (1974); *Jones*, Payments Made of Money under Mistake of Law, A Comparative View, Camb.L.J. 1993, 225; *Law Commission*, Restitution of Payments Made under a Mistake of Law (Consultation Paper No. 120, 1991); *Lloyd*, Public Policy, A Comparative Study in English and French Law (1953) 97 ir kt.; *New York Law Revision Commission*, Restitution of Money Paid Under Mistake of Law: Report of the Law Revision Commission of the State of New York (1942) Nr. 65 (B); *Niederländer*, Nemo turpitudinem suam allegans auditur, Ius et Lex, jubiliejinė dovana Gutzwilleriui (1959) 621; *Ripert*, La règle morale dans les obligations civiles (1949) 183 ff.; *Rittner*, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, jubiliejinis leidinys Fritzui von Hippeliui (1967); *Rummel*, Kondiktion bei verbotenen und sittenwidrigen Rechtsgeschäften, ÖJZ 1978, 253; *Rusch*, Art. 66 OR im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis, SJZ 47 (1951) 369; *Sabbath*, Denial of Restitution in Unlawful Transactions – A Study in Comparative Law, Int. Comp.L.Q. 8 (1959) 486, 689; *Savey-Casard*, Le refus d'action pour cause d'indignité, Étude sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans (1930); *Trimarchi*, L'arrichimento senza causa (1962); *v. Tuhr*, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, jubiliejinis leidinys, skirtas E.I.Bekkeriui (1907) 293; *Winfield*, Mistake of Law, L.Q.Rev. 59 (1943) 327.

I.

Ankstesniame skyriuje apie nepagrįsto praturtėjimo nuostatas pateikus glaustą vokiečių, romaniškosios ir angloamerikiečių teisinės erdvės apžvalgą, mūsų požiūris buvo per daug orientuotas į užsienietišką sistematiką ir per mažai į atskirus praturtėjimo reikalavimų tipinius atvejus, kad galėtume pasiekti konkrečių, lyginamuoju teisės požiūriu pagrįstų stebėjimų. Norėtume tai pasivyti ir nuo šiol tiksliau nagrinėti atskirus nepagrįsto praturtėjimo instituto klausimus. Norime paklausti, kaip sprendžiamos bylos, kai reikalaujama grąžinti mokėjimą, kurį

atsakovas gavo remdamasis įstatymui ar papročiams prieštaraujančiu susitarimu arba jį gavo iš ieškovo, kad pasiektų įstatymui ar geriems papročiams prieštaraujantį tikslą? Toliau: kaip vertinama situacija, jeigu nepagrįstas turto permetimas atsakovo naudai įvyko, tačiau pastarasis prieštarauja, esą gautą mokėjimą jis praradęs, arba pasitikėdamas tuo, kad mokėjimą jis gali pasilikti, jį perskirstė arba kitaip smarkiai pakeitė savo padėtį? Lyginamuoju požiūriu šį skyrių norime pradėti anų keistų bendrosios teisės taisyklių nagrinėjimu, pagal kurias grąžinti klaidingai sumokėtus pinigus yra neįmanoma, jeigu pinigus mokantis asmuo sumokėjo remdamasis *teisine* klaida *(mistake of law)*.

II.

Reikalavimo grąžinti pinigus, kuriuos ieškovas sumokėjo remdamasis teisine klaida, pašalinimas bendrojoje teisėje atsirado dėl seno angliško sprendimo *Bilbie* v. *Lumley* (1802) 2 East 469, 102 Eng.Rep. 448 byloje. Ieškovas, draudikas, iš draudėjo reikalavo grąžinti sumokėtą draudimo sumą motyvuodamas tuo, kad sudarydamas sutartį atsakovas nutylėjęs apie pavojų keliančias aplinkybes ir todėl negalįs reikalauti grąžinti draudiminę sumą. Tačiau buvo nustatyta, kad išmokant draudimo sumas ieškovas žinojo arba galėjo žinoti visas aplinkybes, kurios suteiktų teisę atsisakyti jam mokėjimo. Derybose teisėjas Lordas Ellenboroughas ieškovo advokato paklausė, ar jis jam galįs įvardyti išankstinę nuomonę, kuri reikalauti grąžinti pinigus leidžia ir tais atvejais, kai mokėjimas buvo atliktas žinant visas įsipareigojimo atlikti mokėjimą esmines aplinkybes, tačiau nežinant teisinės padėties. Nors tokių sprendimų buvo, advokatas į klausimą atsakė neigiamai. Lordas Ellenboroughas pareiškė, kad *every man must be taken to be cognisant of the law; otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance might not be carried* ir ieškinį atmetė. Nuo to laiko pripažįstamas bendrosios teisės principas, kad negalima reikalauti grąžinti nepagrįstai sumokėtus pinigus, jeigu iš tiesų nesantį reikalavimą atsakovas patikliai įgyvendino, ieškovas mokėjimo esmines aplinkybes teisingai suvokė, tačiau jas teisiškai blogai įvertino ir todėl klaidingai manė, kad yra įsipareigojęs mokėti.

Ir Jungtinėse Valstijose teismų praktika esant teisiškai klaidingam mokėjimui plačiai perėmė principą pašalinti atgręžtinio reikalavimo institutą. Niujorke, remiantis *Law Revision Commission* (Teisės revizijos komisija) (plg. Report 1942, Nr. 65 B) rekomendacija, *N.Y. Civil Practice Act* 142 straipsniu pašalintas atskyrimas tarp teisinio suklydimo ir faktinės klaidos. Ir literatūra šį atskyrimą laiko nepagrįstu; plg., pvz., *Palmer*, ten pat, 14.27 ir 16.4 straipsnius. *Restatement of Law of Restitution* (Teisių atkūrimo įstatymo teisės normų sąvadas; 1937) 45 straipsnyje taip pat iškelia principo apie atgręžtinio reikalavimo pašalinimą esant teisiniam suklydimui, tačiau 46 ir kituose straipsniuose sutvarko daugelį svarbių išimčių, kurios, Corbino nuomone, eina taip toli ir precedentų teisėje yra taip gerai argumentuotos, *that it would be poor judge who cannnot find sufficient authority for deciding contrary to* Bilbie v. Lumley (617 str.).

Lyginamoji taisyklė kontinentinės teisės sistemoms yra nežinoma. *Vokietijos* teisėje tai išplaukia iš to, kad nepagrįsto praturtėjimo reikalavimas mano esant ne pozityviu, kad atlikdamas mokėjimą ieškovas privalėjęs būti *suklydęs*. Priešingai, grąžinti mokėjimą galima reikalauti jau tada, jeigu nustatyta, kad pagal objektyvią teisinę situaciją mokėjimo pareiga neegzistavo; kitaip bus, jeigu ieškovas arba pozityviai žinojo, kad nebuvo įsipareigojęs mokėti,

arba jeigu jis buvo skolingas nors ir ne pagal teisės, tačiau pagal papročių ar padorumo (Vokietijos CK 814 str.) kriterijus. Tačiau ir ten, pavyzdžiui, Austrijoje, Šveicarijoje ir Prancūzijoje – civilinis kodeksas atgręžtinį reikalavimą akivaizdžiai daro priklausomą nuo to, ar ieškovas klydo dėl savo skolos buvimo, ir jokiu būdu neruošiama papildomo reikalavimo, kad būtinai būtų kalbama apie *faktinę* klaidą, o ne *teisinį* suklydimą. Austrijos CK 1431 straipsnis nedviprasmiškai užtikrina atgręžtinį reikalavimą mokėjimams, kuriuos ieškovui sukėlė „suklydimas, nors tai ir būtų teisinis suklydimas". Šveicarijoje teismų praktika yra ta, kuri, nors ir paabejojus, buvo tokios pat nuomonės nuo BGE 40 II 249. Prancūzijoje galioja tas pat (Req. 1859.8.4, D.P. 1859. 1. 1859; Req. 1908.7.21, D.P. 1909. 1. 175).

Nors moderniai Vokietijos teisei problema atrodo akivaizdi, neturėtume pamiršti, kad dar iki civilinio kodekso įsigaliojimo teismų praktika ir mokslas šiuo klausimu buvo susiskaldę. Windscheidas iš romėniškų šaltinių „su didžiausiu tikslumu ir kaip neabejotiną aksiomą" išskaitė, kad esant teisiniam suklydimui *condictio indebiti* iš esmės neįvyksta, nebent išimties būdu gali būti įrodoma, kad teisinis suklydimas yra atleistinas (*Lehrbuch des Pandektenrechts* (Pandektų teisės vadovėlis) [1865] 426 str. 14 atžyma). Modernus romaniškas tyrimas, kuris šiuo metu gali remtis senesne nei septyniasdešimtmete interpoliacijos kritikos išvada, linksta prie nuomonės, kad klasikinėje teisėje *error iuris condictio* pašalino tik ten, kur (teisės požiūriu klaidingai atliktas) mokėjimas visgi atitiko paprotinę pareigą arba sąžiningumo ir teisingumo principą. Čia ypač priskiriamas atvejis, kai palikėjas *fidei commissum* apsunkino paveldėtoją tuo, kad jis įsipareigojo tam tikrą palikimą perduoti kitam paveldėtojui: šiuo atveju paveldėtojas pagal *Senatusconsultum Pegasianum* esant tam tikroms sąlygoms ketvirtį palikimo *(falcidische Quart)* galėjo pasilikti sau; jei jis to (dėl teisinio suklydimo) nepadarė, negalėjo to, ką sumokėjo per daug, reikalauti grąžinti kaip *indebitum*. Tik Justinianas buvo tas, kuris pagal naujausią požiūrį teisinio suklydimo kenksmingumo mintį apibendrino (palyginkime Schwarz, SavZ/Rom. 68 [1951] 266; *to paties autoriaus*, *Die Grundlage der condiction im klassischen römischen Recht* [1952] 101 ir kiti). Kad teisinis suklydimas pašalina *condictio*, jeigu jis išimties būdu nėra atleistinas, galiojant bendruomeninei teisei buvo tiek teismų praktikos (plg. Lübecko Aukščiausiojo Apeliacinio teismo sprendimą 1856.11.29, SeuffA 13 Nr. 254 su kitais įrodymais), tiek mokslo (žr. ypač išsamią poziciją, kurią išdėstė Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts III* [1840] 447 ir kitus) vyraujanti nuomonė. Priešingai, Prūsijos žemės teisė nežinojo jokios palyginamosios nuostatos, ir todėl Prūsijos Aukščiausiasis tribunolas *condictio* leido ir tada, jeigu esant ieškovo suklydimui buvo kalbama apie teisinį suklydimą (1840.2.29, ObTr. 6,8) arba apie atleistiną suklydimą (1855.2.22, Ob.Tr. 30, 76).

Taigi jeigu nustatyta, kad Anglijos ir Vokietijos nepagrįsto praturtėjimo institutas dėl teisinių suklydimų svarbos atstovauja skirtingai pozicijai, tuo dar nepasakyta, kad ir teismų praktika tokias pat bylas spręstų skirtingai, nes būtų įsivaizduojama, kad poreikiai ir interesai, su kuriais susidoroti Anglijoje bandoma pagal teoriją apie *mistake of law* (teisinę klaidą), yra pripažįstami ir Vokietijoje, ir tik panaudojus kitas dogmos kategorijas jie bus patenkinti. Šiam tikslui turėtų būti nagrinėjamos kelios bylų grupės, kuriose Anglijos teismai dėl ieškovo teisinio suklydimo atmetė atgręžtinio reikalavimo ieškinius.

Pirmojoje grupėje kalbama apie bylas, kai ieškovo mokėjimas rėmėsi teisine nuomone, kurios neteisingumas išaiškėjo *tik vėliau* – nuolat vadovaujantis aukščiausiąja teismine praktika. Ypač dažnos bylos, kai mokesčių mokėtojai reikalauja sumokėti pinigus, kuriuos jie pervedė valstybės iždui, remdamiesi vėliau pripažintu kaip neteisingai suprastu mokesčių įstatymo iš-

aiškinimu. Šiais atvejais ieškinio atmetimas Anglijoje paprastai vadovaujasi „teisiniu suklydimu“. *National Pari Mutuel Ass. Ltd.* v. *The King* (1930) 47 T.L.R. 110 byloje ieškovas buvo klubas, kuris savo nariams įrengė vidinę lažybų priėmimo vietą ir todėl preziumavo, kad jis esąs *bookmaker* (kompiliatorius) 1926 metų *Finance Act* (Finansų įstatymo) prasme ir todėl įsipareigojęs įsteigti lažybų mokestį. Kai 1929 metais paskelbtu Oberhauseno sprendimu buvo nustatyta, kad susivienijimas, kuris lažybų priėmimo vietą įsteigia tik savo nariams, yra ne *bookmaker* (kompiliatorius) *Finance Act* (Finansų įstatymo) prasme, klubas pareiškė ieškinį dėl lažybų mokesčių, kuriuos jis pervedė 1926–1928 metais, grąžinimo. Ieškinys buvo atmestas, nes ieškovo suklydimas slypėjęs neteisingame įstatymo aiškinime ir todėl kaip teisinis suklydimas pašalinąs atgręžtinį reikalavimą.

Taip pat *Whiteley Ltd.* v. *The King* (1909) 101 L.T.741 byloje; *Sawyer & Vincent* v. *Window Brace, Ltd.* [1943] 1 K.B. 32; apie tai kritiškai Goff/Jones, p. 147 ir kt. – *Henderson* v. *The Folkestone Waterworks Co.* (1885) byloje atsakove buvo vandens bendrovė, kuri, remdamasi specialiu įstatymu, turėjo teisę iš savo klientų rinkti tam tikro dydžio mokesčius už vandenį. Kai iš *House of Lords* (Lordų Rūmų) sprendimo kitoje byloje [*Dobbs* v. *Grant Junction Waterworks Co.* (1883) 49 L.T.R. 541] išaiškėjo, kad neteisingu įstatymo aiškinimu iš atsakovo už vandenį buvo surinkta per daug pinigų, ieškovas pareikalavo pinigus grąžinti. Tačiau nesėkmingai. Teisėjas Lordas Coleridge'as aiškino, kad Lordų Rūmų sprendimas teisę pakeitė tik *pro futuro;* tačiau atsižvelgiant į aplinkybes labai nepageidautina, jeigu makslimalus teisėjo sprendimas, kuris prieštarauja iki šiol atstovaujamai teisinei pozicijai, į darbą galėtų paleisti bylų dėl atgalinio reikalavimo virtinę. Ir Prancūzijos kasacinis teismas savo nuolatinėje praktikoje nusprendė, kad įmonininkas iš draudimo kasos negali reikalauti grąžinti socialinio draudimo įnašų, jeigu iš vėliau kitoje byloje paskelbto sprendimo išaiškėja, kad įnašai buvo renkami neteisėtai. Žinoma, šiose bylose buvo taip, kad įmonininkas jau mokėjimo metu žinojo apie dvejones dėl teisingos esminės teisinės normos interpretacijos (plg. Soc. 1973.5.24, Bull.V, Nr. 243; 1973.11.28, Bull. V, Nr. 612). Visgi kasacinis teismas paskiausiai minėtu sprendimu paliko neišspręsta tai, ar nebūtų galima kitaip išspręsti, jeigu vėlesnis sprendimas reiškia ne *une interprétation nouvelle des textes en vigueur*, o *évolution de la jurisprudence*.

Vokietijoje šiose bylose būtų priimti tokie pat sprendimai, nors ir visai kita motyvacija. Vieši mokesčiai mūsų krašte iš suinteresuoto piliečio išreikalaujami administraciniu aktu (mokestiniu pranešimu mokesčių institucijai, rinkliavų ar įmokų apskaičiavimu). Jei pilietis nepareiškia ieškinio dėl administracinio akto tam tikslui numatytu būdu ir per tam tikrą laiką, jis negali reikalauti grąžinti atliktų mokėjimų, jeigu vėliau išaiškėja, kad jie buvo surinkti neteisėtai. Neapskundžiamu tapęs administracinis aktas tuo pačiu reiškia teisinį pagrindą, kuris valstybei suteikia teisę pasilikti tai, kas gauta. Jeigu mokesčiai buvo surinkti neteisėtai dėl to, kad norma, kuria jie rėmėsi, Vokietijos Konstitucinio Teismo vėliau buvo paskelbta prieštaraujančia Konstitucijai, ir šiuo atveju mokėjimų, kurie buvo atlikti vadovaujantis neapskundžiamu administraciniu aktu, negalima reikalauti grąžinti iš valstybės dėl nepagrįsto praturtėjimo (akivaizdžiai BVerfGG 79 str. 2 d.).

Kita problema išryškėja *Doll* v. *Earle* 59 N.Y. 638 (1874) sprendime: šiuo atveju žemės sklypo savininkas ir hipotekinis kreditorius ginčijosi dėl to, ar hipoteka gali būti baigta mokant banknotais, ar tik auksu. Paskutiniuoju atveju savininkas padengimui būtų turėjęs panaudoti perteklinę 895 JAV dolerių sumą. Jie susitarė, kad savininkas turėtų deponuoti 895 JAV dolerių sumą pagal tai, kad pinigai grąžintini jam arba kreditoriui, priklausomai nuo to, ar

teisinė situacija vienaip ar kitaip būtų aiškinama Amerikos *Supreme Court* (Aukščiausiojo Teismo) sprendimu. Kai šis teismas keliuose sprendimuose pripažino mokėjimą auksu [plg. *Hepburn* v. *Griswold* 75 U.S. 603 (1869) bylą), savininkas leido pinigus naudoti kreditoriaus naudai; tačiau jis pareikalavo juos grąžinti po to, kai teismas vėliau po metų atsiribojo nuo ligšiolinės savo praktikos [*Knox* v. *Lee* 79 U.S. 457 (1870)). Ieškinys buvo atmestas, nes, pareikšdamas ieškinį dėl grąžinimo, ieškovas:

> *Every man is to be charged, at his peril, with a knowledge of the law. There is no other principle which is safe and peactical in the common business of mankind. And to permit a subsequent judicial decision in any one given case, on a point of law, to open or annual everything that has been done in other cases of the like kind, for years before, under a different understanding of the law would lead to the most mischievous consequences.* (cituota pagal N.Y. Law Revision Commission Report, ten pat, p. 17). Taip pat *Cooley* v. *Calaveras County* 121 Cal. 482, 53 P. 1075 (1898) byloje, kur rašoma: *The agreement was in exact accordance with the general understanding of the law at the time it was made. Two years afterwards the court of appeals, in another case, give a different contstruction. The community would be in miserable condition if at every change of opinion upon questions of law all their previous contracts and settlements were to be overturned. Men could never know the end of their controversies.* Taip pat *Bagby* v. *Martin* 118 Okla. 244, 247 P. 404 (1926) byloje.

Iš viso to išplaukia, kad tikroji atgręžtinio reikalavimo nepripažinimo priežastis minėtuose sprendimuose yra ne ta, kad ieškovas buvo „teisiškai suklydęs". Priešingai, teismas atmeta ieškinį, nes kitaip teisinė taika būtų radikaliai suardyta, ir visiškai įvykdytiems sandoriams, sudarytiems remiantis tam tikru teisiniu supratimu, tik todėl galėtų būti taikoma restitucija, nes anas teisinis supratimas vėlesnio teismo sprendimo šviesoje pasirodo esąs neteisingas.

Panaši byla išspręsta Šveicarijos teismų praktikoje. Šioje byloje ieškovui, kaip vekselio išrašytojui, indosamentas pareiškė atgręžtinį reikalavimą ir jį įvykdė išduodamas protestuojamą vekselį. Po ketverių metų Federalinis teismas paskelbė sprendimą, kuriame buvo pasakyta, kad protestai dėl vekselio negalioja, jeigu notaro tarnautojas mokėjimo vietoje pareiškė protestą, tačiau pats notaras protesto pareiškimą pabaigoje pasirašė; tai praktika, kuri iki šiol akivaizdžiai nuolat buvo vykdoma notarų (BGE 27 II 74). Po šio sprendimo paskelbimo ieškovas nustatė, kad ir jo sumokėtas vekselis buvo ginčijamas negaliojančiai, taigi jis tąkart patenkino atgręžtinį reikalavimą, kuris dėl galiojančio protesto neegzistavo. Tačiau Federalinis teismas atmetė ieškinį dėl mokėjimo grąžinimo. Jis koketiškai manė, jog teisiškai suklydus ieškinys dėl nepagrįsto praturtėjimo neįmanomas. Paskui jis tęsė:

> Jeigu tuo tarpu nenorima eiti taip toli ir esant ieškiniui dėl nepagrįsto praturtėjimo apskritai atsižvelgti į teisinį suklydimą, šiaip ar taip, tokio pobūdžio suklydimas negali pagrįsti atgręžtinio reikalavimo kaip minėtas anksčiau... Ieškovui apskritai tik po daugiau nei aštuonerių metų po mokėjimo į galvą atėjo mintis, kad jis gali reikalauti grąžinti mokėjimą, ir cituotu Federalinio teismo sprendimu sutvarko sprendimą... Tokios rūšies bylose, paremtose vienu nuo mokančiojo teisinio suvokimo nukrypstančiu Federalinio teismo institutu dėl reikalavimo užtikrinimo, tiesiog būtų keliama grėsmė teisiniam saugumui ir atveriamos visos durys begaliniams procesams. Šiuo atveju, šiaip ar taip, nebegali būti kalbama apie atgręžtiniam reikalavimui užtektiną suklydimą dėl skolinio įsipareigojimo pagal Šveicarijos PK 72 str. 1 d. [dabar 63 str. 1 d) (BGE 31 II 291, 295).

Šveicarijos federalinis teismas įvykdė tokį pat tikslų įvertinimą, kaip sutinkamas ir bendrosios teisės teismų praktikoje. Žinoma, reiktų pamąstyti, ar nebūtų garbingiau daryti prielaidą, kad Aukščiausiojo Teismo sprendimas, užkertantis kelią bendrai teisinei pozicijai arba bendrai įprastinei praktikai, teisinį poveikį nuolat parodo tik esant *ex nunc*. Iš tiesų toks sprendimas dažnai labiau reiškia naujos teisinės taisyklės kūrimą arba naujo įstatymo paskelbimą, nei ligi šiol paslėptos klaidos išaiškinimą ir ištaisymą (plg. BGH NJW 1957, 263; BverwGE 17, 256, 260 ir kt.). Jei yra taip, šiais atvejais nepagrįsto praturtėjimo reikalavimo pašalinimas pateisinamas, tačiau ne todėl, kad ieškovas mokėjimą padarė teisiškai suklydęs, bet todėl, kad jis iš tiesų nebuvo teisiškai suklydęs dėl savo skolinio įsipareigojimo, priešingai, sumokėjo tik tai, ką privalėjo mokėti pagal ankstesnę teisę.

Jeigu ieškovo mokėjimas remiasi teisiniu suklydimu, žinoma, ne visada kitoje byloje paskelbtas maksimalus teisėjo sprendimas aną „suklydimą" išvelka į dienos šviesą. Dažnai būna taip, kad ieškovas po įvykusio mokėjimo savo pamąstymais arba trečiųjų asmenų nurodymu pastebi savo teisinį suklydimą. Jeigu šiuo atveju gali būti nustatyta, kad ieškovas mokėjimo momentu žinojo apie esmines aplinkybes, jo atgręžtinio reikalavimo ieškinys dėl *mistake of law* (teisinės klaidos) iš esmės lieka nesėkmingas. Žinoma, esant naujesniam požiūriui paaiškėja, kad ieškinio atmetimas kai kuriais atvejais ir čia įtikinamiau leidžia remtis kitais, Vokietijos teisei gerai žinomais, pagrindais.

Tai gerai matoma iš sprendimo *Derrick v. Williams* [1939] 2 All E.R. 559 byloje. Šiuo atveju atsakovas eismo nelaimės metu sužeidė ieškovo sūnų, kuris po kelių dienų mirė. Atsakovas neigė savo pareigą atlyginti žalą, tačiau ieškovui, kad susitaikytų (*payment into court;* išsamiai *Cohn* JZ 1959, 463), siūlė 50 svarų sterlingų kompensaciją. Ieškovas akceptavo šią sumą ir procesą nutraukė; kartu su Apeliacinio teismo sprendimu byloje *Rose* v. *Ford* [1936] 1 K.B. 90 jis vadovavosi tuo, kad sūnui prieš mirtį neatsirado (esminio) reikalavimo atlyginti žalą, kad tai susiję su jo gyvenimo trukmės sumažėjimu, ir todėl kompensacijos sumoje į tai neatsižvelgiama. Tačiau po to, kai Lordų Rūmai šį teisinį klausimą išsprendė kitaip (plg. *Rose* v. *Ford* [1937] A.C. 826 bylą), ieškovas siekė procesą pratęsti, kad atsakovas atlygintų neatsižvelgtą žalą. Teismas šį norą laikė neleistinu, ieškovo klaidą kvalifikuodamas kaip teisinę, ir rėmėsi mums jau žinomu argumentavimu, kad teisiniam saugumui būtų sukelta grėsmė, jeigu baigtos bylos galėtų būti atnaujinamos, vadovaujantis teismų praktikos pakeitimu:

> It was a mistake of law, and consisted of the fact that the plaintiff was under the belief that the law as laid down by this court in *Rose* v. *Ford* was correctly laid down. In that he was wrong, and he is asking the court to say that, having acted upon the basis of a mistaken view of the law, now that the law has been enunciated by the highest tribunal, he is entitled to make another attempt. That is a thing which, it seems to me, cannot be permitted on principle. It appears to me to be completely indefensible... It would be an intolerable hardship on successful litigants if, in circumstances such as these, their opponents were entitled to harass them with further litigation because their view of the law had turned out to be wrong... (ten pat, p. 565).

Žinoma, šią bylą vokiečių teisėjas išspręstų lygiai taip pat, nors būtų motyvuojama tuo, kad ieškovas, paimdamas kompensacijos sumą, priėmė siūlymą sudaryti taikos sutartį (Vokietijos CK 779 str.): tokiais atvejais neteisingo teisinės situacijos įvertinimo rizika iš esmės tenka tam, kuris padarė klaidingą įvertinimą.

Palyginkime apie tai, pvz., RG JW 1938, 1722. Prancūzijos CK 2052 str. ir Italijos CK 1969 str. akivaizdžiai numatyta, kad teisinės klaidos neturi teisės panaikinti taikos sutarties.

Kitoje bylų grupėje yra taip, kad ieškovas, kaip gavėjas žinojo, abejojo dėl savo mokėjimo įsipareigojimo, tačiau po to nebereagavo į šią abejonę ir mokėjimą atliko. Gavėjo pasitikėjimas tuo, kad mokėjimas esant šioms aplinkybėms galutinai įvyko, šiuo atveju nusipelno apsaugos; kad ieškinio atmetimas bus grindžiamas tuo, jog esant mokančiojo suklydimui kalbama apie *teisinį suklydimą*, sudaro tik išorinę sprendimo pagrindimo pusę.

Palyginkime *Rogers* v. *Ingham* (1876) 3 Ch.D. 353; *Monroe National Bank* v. *Catlin* 82 Conn. 227, 73 A. 3 (1909); *Keazer* v. *Colebrook National Bank* 75 N.H. 278, 73 A. 170 (1909) bylas.

Šis įvertinimas yra įprastas ir vokiečių teisėjui. Tačiau pagal Vokietijos CK 814 straipsnį mokėjimo negalima reikalauti grąžinti tik tada, jeigu mokantysis „žinojo", kad jis neturi jo atlikti. Tačiau nepriklausomai nuo Vokietijos CK 814 straipsnio, teismų praktika kaip visuotinio sąžiningumo ir teisingumo principo padarinį teisinėje apyvartoje apibrėžė tai, kad esant *grynai abejonei* dėl įsipareigojimo grąžinimo, reikalavimas yra neįmanomas „tada, jeigu gavėjas atpažins, jog mokantysis mokėjimą nori atlikti dėl to, kad nebūtų įsipareigojimo, jeigu mokančiojo požiūris yra toks, kad gavėjas galėtų padaryti išvadą, jog mokantysis (kaip prievolės pagrindu gautą) mokėjimą nori pasilikti sau. Tai pačiai nuomonei atstovaujama ir Anglijoje. Goff/Jones požiūriu, ieškinio dėl atgręžtinio reikalavimo atmetimas daugeliu atvejų pagrįstas ne dėl teisinio suklydimo, o todėl, kad *payments made in satisfaction of honest claims or under bona fide compromises should not be set aside merely because the payer mistook the law* (ten pat, p. 52, plg. ir p. 146, ir kt. ir *Birks*, ten pat, p. 164, ir kt.).

Kitoje bylų grupėje atgręžtinio reikalavimo pašalinimas taip pat remiasi teisine klaida, nors ieškinio atmetimą geriau pateisinti tuo (o Vokietijoje tuo ir būtų grindžiama), kad gavėjas gautus pinigus patikliai panaudojo arba kitaip negrįžtamai padarė pakeitimus, taigi panaudojus vokiečių teisinės kalbos technines formules, „nepagrįstas praturtėjimas" panaikintas (Vokietijos CK 818 str. 3 d.).

Tai išaiškėja jau senesniame Anglijos sprendime, kuriuo ir šiandien, teisiškai suklydus, remiasi tezė apie atgręžtinio reikalavimo pašalinimą. *Brisbane* v. *Dacres* (1813) 5 Taunt 143, 128 Eng.Rep. 641 byloje Anglijos karo laivo kapitonas pagal tada įprastinę praktiką dalį mokesčio už prekių gabenimą pristatė admirolui. Tačiau nei kapitonas, nei admirolas nežinojo, kad prieš pat mokėjimą buvo panaikinti kariniai mokymai. Beveik po šešerių metų kapitonas pareikalavo grąžinti mokėjimą, tačiau bergždžiai. Sprendimo pagrindimas iš esmės bando iš senesnio sprendimo išrutulioti taisyklę, kad niekas negali reikalauti grąžinti pinigų, kuriuos jis sumokėjo žinodamas faktus, nors ir neįvertindamas teisinės situacijos. Lordas Mansfieldas, priešingai, savo votume orientuojasi į tai, ar pagal aplinkybes yra tinkama ir teisinga iš admirolo reikalauti atgalinio mokėjimo. Į tai jis atsako neigiamai:

For see how it is! If the sum be large it probably alters the habits of his life, he increases his expenses, he has spent it over and over again, perhaps he cannot repay it all or not without great distress: is he then, five years and eleven months after, to be called on to repay it? Palyginkime taip pat dėl *Hatch* [1919] 1 Ch. 351; *Holt* v. *Markham* [1923] 1 K.B. 512 ir *Traweek* v. *Hagler* 199 Ala. 664, 75 So. 152 (1917) bylas: paskutiniuoju atveju teismas atmetė ieškinį dėl atgręžtinio reikalavi-

mo, nes ieškovas mokėjimą atliko remdamasis „teisiniu suklydimu". Tačiau net jeigu esant ieškovo suklydimui turėjo būti kalbama apie *mistake of fact* (faktinę klaidą), taip tęsia sprendimas, ieškinys privalėtų būti atmestas, *where, as here, the payment has furnished the specific inducement to some affirmative action by the payee... whereby his situation has been unfavorably altered.*

To turėtų užtekti. Mes galime pasiryžti spėliojimams, kad bendroji bendrosios teisės taisyklė, pagal kurią teisiškai klaidingai sumokėtų pinigų atgręžtinis reikalavimas yra neįmanomas, daugeliu atvejų tarnauja tam tikrų poreikių ir interesų paslėptam įgyvendinimui, kurie pas mus yra ne tik pripažinti, bet ir įstatyme ar teismų praktikoje atvirai pavadinti vardu. Iš tiesų „teisinio suklydimo" figūra, jeigu tik kalbama apie nepagrįstai atliktų mokėjimų reikalavimų atgręžtinumą, čia netinka. *Error iuris neminem excusat:* ši sentencija galėjo anksčiau, ypač baudžiamojoje teisėje, būti labai svarbi. Esant moderniems santykiams teisiniai visų rūšių reglamentavimai yra tokie įvairiapusiai ir piliečiui taip sunkiai numatomi, kad tezė, jog kiekvienas privalo atsakyti už savo teisinio nežinojimo padarinius, neteko savo vidinės prasmės ne tik baudžiamojoje, bet ir civilinėje teisėje (plg. *Rittner*, ten pat). Anglijos teismų praktika tai visiškai suvokė. Todėl keliuose sprendimuose ji vedė savotišką atšaukimo mūšį, tikėdama, kad teisinė klaida yra tik ten, kur suklydimas rėmėsi tam tikrais teisiniais pagrindiniais samprotavimais, *the general law, the ordinary law of the country* [*Cooper* v. *Phibbs* (1867) L.R. 2 H.L. 149]. Šis atskyrimas yra ir nenatūralus, ir nepraktiškas. Šiuo atveju pirmenybės, kaip ir įprastai, nusipelno atviras argumentavimas, kuris nesislepia už teisinių sentencijų, o stengiasi surasti svarbių interesų bei poreikių ir juos vienas apsvarstyti.

Ir Anglijoje atrodo taip, tarytum taisyklei dėl atgręžtinio reikalavimo, pagrįsto teisine klaida, negalimumo jau nuskambėjo mirties varpai. *Law Commission* (teisės komisija) ten pat pateikė tam tikrą siūlymą, ir Lordų Rūmų sprendimas *Woolwich Building Society* v. I.R.S. [1993] A.C. 70 eina ta pačia kryptimi. Čia buvo kalbama apie neteisėtai surinktų mokesčių, kuriuos mokesčių mokėtojas sumokėjo protestuodamas (o ne remdamasis suklydimu apie savo mokesčių pareigą), atgręžtinį reikalavimą. Ypač Lordo Goffo ir Lordo Slynno votumai leidžia mums suprasti, kad byloje nebūtų priimtas kitoks sprendimas, jeigu ieškovas, remdamasis suklydimu, mokesčius laikytų teisėtais ir juos sumokėtų. Valstybės biudžetas nebenori ilgiau tikėtis atgręžtinių reikalavimų. Lordas Goffas Vokietijos teisės pavyzdžiu parodo, kaip į šį susidomėjimą atsižvelgti, kad atgręžtiniai reikalavimai būtų leidžiami tik tam tikru laiko tarpu, pavyzdžiui, Vokietijoje – per vieną mėnesį po to, kai mokesčių mokėtojas akivaizdžiai pamokomas apie veiksmus, kuriuos jis turi atlikti. *Such draconian time limits as these may be too strong a medicine for our taste; but the example of a general right of recovery subject to strict time limits imposed as a matter of policy is instructive for us as we seek to solve the problem in the present case* (ten pat, p. 184). Apie šiuos sprendimus ir Goff/Jones, ten pat, p. 545 ir kt.).

III.

Jeigu kas nors iš kito asmens gavo mokėjimą ir nėra atpažįstama nei sutartis, nei teisinis pagrindas, kuris jam suteiktų teisę kito asmens atžvilgiu pasilikti mokėjimą, jis privalo mokėjimą grąžinti. Šio nepagrįsto praturtėjimo dėl atsakovo neegzistuojančios skolos pripažinimo pagrindinė mintis negali galioti neribotai, jeigu ieškovo mokėjimas įvyko *sine causa*, nes jo pagrindu esantis šalių susitarimas prieštarauja įstatymui arba geriems papročiams. Jeigu šiuo

atveju gali būti nustatyta, kad ieškovui buvo žinomas sandorio smerktinumas, tai dar neaišku, ar esant šioms aplinkybėms ne geriau tai, kad teisės sistema atgręžtiniam reikalavimui netaiko teisinės apsaugos. Jau romėnų šaltiniai šiuo atveju pateikia daug kazuistikos. Kas bando papirkti teisėją ar liudytoją (D. 12, 5, 3) arba kas, esant santuokinei neištikimybei, atskleidėjui moka atlyginimą už fakto nutylėjimą (D. 12, 5, 4, 3), tas negali reikalauti grąžinti to, ką sumokėjo: *dixi cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem et in delicto pari potiorem esse possessorem* (*Papinian* D.12, 7, 5 pr.; plg. apie tai ir apie vėlesnę šių taisyklių raidą Zimmerman, *The Law of Obligations* [1990] 863 ir kt.). Šis senas sakinys tebegyvuoja ir šiandien visur ten, kur jis nedviprasmiškai užfiksuotas civiliniuose kodeksuose (plg. Vokietijos CK 817 str. 2 d., Šveicarijos PK 66 str., Austrijos CK 1174 str., Italijos CK 2035 str.), tačiau jis dažnai pripažįstamas tik teismų praktikoje (priklausomai nuo bendrosios teisės šalių, Prancūzijoje). Žinoma, praktinis šios tezės panaudojimas esant moderniems santykiams pastebimai sunkėja. Turpitudo klasikinėje Romoje reiškė paveldėtų paprotinių samprotavimų nepaisymą, ypač prieštaravimą šeimos gyvenimo vientisumui arba seniems gerų papročių principams (plg. *Kaser*, Sav.Z/Rom. 60 [1940] 95). Šiuo atveju, be kita ko, išaiškėja, kad tas, kuris nekreipia dėmesio į šias elementarias taisykles, tokių peiktinų susitarimų atgręžtinei raidai negali reikalauti teisinės apsaugos. Šiandieną, priešingai, teismų sistema atsisako pripažinti tokius sandorius, kurie prieštarauja tam tikriems valstybinės ūkio bei socialinės politikos tikslams. Jeigu tokie sandoriai uždrausti, abejojama, ar ano atgręžtinio reikalavimo pašalinimas vis dar tinkamas. Jeigu atitinkama taisyklė, kad negalima reikalauti grąžinti to, ką ieškovas sumokėjo neįstatyminiam ir smerktinam laimėjimui įgyvendinti yra praktiškai visur pripažįstama, tikroji problema slypi tame, koks konkretus šios beformės minties turinys esant šiandieniniams santykiams ir kaip ji atskirose sistemose išoriškai sustabarėjo. Šiuo klausimu galime pateikti tik keletą trumpų tezių.

1. Daugelis nuomonių atstovauja teiginiui, kaip atgręžtinio reikalavimo pašalinimas yra grindžiamas teisės politiniu požiūriu. Dažniausiai girdimas samprotavimas, kad valstybės teisinė apsauga neturinti būti galima tais atvejais, kai ieškovas ją bando įpinti į nešvarius sandorius: *No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act*" [Lordas Mansfieldas savo klasikiniame votume Holman v. Johnson (1775), 1 Cowp. 341, 98 Eng.Rep. 1120, byloje). Ši mintis įgauna skirtingų atspalvių, kartais labiau orientuodamasi į moralinį ieškovo smerktinumą, kartais į tai, kad teismas rankas išsiteptų *by adjusting among dishonest men the results of their unholy speculations* [*Gravier* v. *Carraby*, 17 La. 118, 36 Am.Dec. 608 (1841)]. Ir Vokietijoje teisinė garbės apsauga dažnai iškeliama kaip lemiamas požiūris: atgręžtinis reikalavimas yra atmestinas, kad „apsaugotų valstybę nuo piktnaudžiavimo teikiama teisine pagalba per tyčinius teisės pažeidėjus" (OGHZ 4, 60; taip pat *v.Caemmerer*, ten pat, p. 646 ir *Raiser* JZ 1951, 719). Kad ir kaip kilniaširdiškai šis sakinys skambėtų, tačiau nuo neapgalvotų apibendrinimų įspėti reikia, nes gali atsitikti taip, kad sudarydamas sutartį ieškovas tyčia pažeidė teisę: teismas neturėtų trukdyti patikrinti aplinkybių, ar draudimo įstatymo tikslas, kuriam šalys nusižengė, arba kitas viešas interesas būtų geriau skatinamas tuo, kad ieškinys dėl atgręžtinio reikalavimo būtų patenkintas.

Panašių apmąstymų sutinka ir kiti požiūriai, kurie atgręžtinio reikalavimo draudimą pateisina moraliniu ieškovo smerktinumu, poreikiu jį „nubausti" ir samprotavimu, kad publikos negalima geriau atbaidyti nuo nesąžiningų machinacijų, kaip nedviprasmiškai pažadėti jai šiuo atveju anos teisinės apsaugos praradimą. Ypač Imperijos teismas atgręžtinio reikalavimo pa-

šalinimą apibrėžė „kaip baudą dėl peiktinų pažiūrų“ (RGZ 105, 270, 271; plg. ir RGZ 161, 52,60), ir Vokietijos Aukščiausiasis Teismas tvirtino, kad Vokietijos CK 817 str. 2 d. atgręžtinio reikalavimo draudimas „savo pateisinimą mažiausiai randa tame, kad turintysis teisę reikalauti asmuo, netekdamas savo pretenzijų, turi būti nubaustas už įstatymui prieštaraujantį elgesį“ (BGHZ 39, 87, 91). Žinoma, būtų keista „bausmė“, kuri netopteli į galvą, paklausti, ar turtinės sankcijos ir nusižengimo sunkumo santykis yra tinkamas. Taip pat savita yra „bausmė“, kuri veda prie *Komplicen* (bendrininko) praturtėjimo, kai šis gautus pinigus gali pasilikti sau, jeigu veikė daug blogiau, nei mokantysis, ir todėl daug labiau „baustinas“.

Šios bausmės teorijos absurdiškumas reikalui esant gali būti sušvelnintas tuo, kad mokėjimo, kuris atliktas ir gautas draudimu, neleidžiama perduoti jokiai šaliai, tačiau jis atimamas valstybės naudai arba panaudojamas visuomenei naudingiems tikslams. Taip pasielgė jau Tomas Akvinietis uždraustos prekybos bažnytinėmis prekėmis atveju (Simonie): kadangi šiuo atveju priimdamas mokėjimą ir gavėjas veikė nepaisydamas draudimo, jis negali mokėjimo pasilikti sau, bet privalo jį panaudoti doriems tikslams (II knyga, II dalis, quaestio 62, 5; plg. can. 729, 1435 str. 1 Cod.Iur.Can.). Šis sprendimas randamas ir Prūsijos žemės teisėje: pagal tai mokantysis negali reikalauti grąžinti to, ką jis sumokėjo įvykdydamas draudžiamą sandorį; tačiau valstybės iždas turi teisę iš gavėjo išreikalauti uždraustą pelną (172, 173 str. I 16). Nors turėtume galvoti, kad tokie sprendimai yra nerealūs, nes jie iš ieškovo reikalauja aktyvumo valstybės biudžeto interesais, panašių reikalavimų randama ir naujesniaisiais laikais. Wigmore'o siūlymu ieškovas gali reikalauti atgalinio mokėjimo, tačiau tik mokėdamas teismo nustatytą bausmę, kurios dydis priklauso nuo *the degree of moral turpitude involved, the relative guilt of the parties and the plaintiff's motive in bringing the suit* (Am.L.Rev. 25 [1891] 695; 712; taip pat *Wade*, U.Pa.L.Rev. 95 [1947] 304 ir *Merkin*, L.Q.Rev. 97 [1981] 420, 444).

2. Svarbiau nei išaiškinimas vieningos pagrindinės minties, kuri atgręžtinio reikalavimo draudimą galėtų pateisinti apskritai, yra nustatyti, ar yra konkrečiai priimtų taisyklių ir standartų, pagal kuriuos sprendžiama, ar tam tikru atveju atgręžtinis reikalavimas galimas, ar ne. Ypač bendroji teisė šioje srityje išplėtojo keletą įdomių minčių. Teismų praktikoje yra pripažinta, kad ieškinys dėl atgręžtinio reikalavimo yra tik tada atmestinas, jeigu šalys yra *in pari delicto;* jeigu priešingai, prieštaravimas įstatymui arba papročiams pirmiausia tampa našta atsakovui, ir reliatyviai nekaltas ieškovas gali reikalauti savo mokėjimą grąžinti. Šiam principui paprastai priskiriamos kelios bylų grupės: ne *in pari delicto*, pvz., yra tokie ieškovai, kuriuos atsakovas apgaudinėjo, kad sutartį sudaryti leidžiama, ir tokie, kurių sunkią padėtį, lengvabūdiškumą ar nepatyrimą išnaudojo atsakovas. Tas pat galioja, jeigu įstatymas, iš kurio išplaukia šalių susitarimo negaliojimas, siekia tam tikros asmenų grupės apsaugos, o ieškovas šiai grupei priklauso.

Palyginkime teismų praktikos patvirtinimus Goff/Jones, ten pat, 506 str. ir kt. bei Palmer, ten pat, 8.6 str. Ir Vokietijos teismai kai kuriose bylose svarstė panašiai. Bendru požiūriu atgręžtinis reikalavimas pagal Vokietijos CK 817 str. 2 sakinį yra tik tada neįmanomas, jeigu ieškovas *sąmoningai* elgėsi pažeisdamas gerus papročius arba įstatymus. Tačiau „sąmoningai prieštaraujančiai įstatymui“ pagal teismų praktiką neveikia ieškovas, jeigu jis sunkioje padėtyje priverstinai pakluso ekonomiškai stipresnės šalies norams arba jei jo padėtis buvo sunki (RGZ 97, 82, 84; BGH LM 817 str., Vokietijos CK Nr. 12). Tai yra būtent tos bylos, kuriose ir angloamerikiečių teismai pritartų atgręžtiniam reikalavimui, jeigu ieškovas nėra *in pari delicto*.

Toliau bendrojoje teisėje pripažinta, kad ieškinys dėl atgręžtinio reikalavimo bus patenkintas, jeigu jis iškeltas tuo laiku, kai smerktinas sandoris dar nevisiškai baigtas. Jeigu kas nors sudarė įstatymu uždraustą lažybų sutartį, jis gali reikalauti grąžinti savo mokėjimą, kai dar nebuvo aišku, ar aplinkybė, kuria remiasi lažybos, prasidės; jei lažybų sutartis atiduota saugoti trečiajam asmeniui kaip patikėtiniui, ir prasidėjus anai aplinkybei ar jai neprasidėjus turi įvykti atgręžtinis reikalavimas, jeigu patikėtinis pinigų dar neturi, taigi uždraustą sandorį dar nevisiškai įvykdė. Pagrindinė šios taisyklės mintis yra samprotavimas, kad ieškovui turi būti suteikta paskata aktyviai atgailai, teisinėje kalboje vadinamajam *locus poenitentiae*, kuris jį turi paraginti atsisakyti smerktino sandorio dar prieš jo įvykdymą. Žinoma, kai kurie mano, kad ši taisyklė vestų būtent prie priešingo rezultato: jei atsakovas – nesvarbu, dėl kokios priežasties atmeta sandorio įvykdymą, smerktinos sutarties įvykdymą ieškovas gali išgauti prievarta, atsakovui pagrasinęs, kad savo mokėjimo jis reikalaus remdamasis *locus poenitentiae* teorija. Naudojant šią teoriją praktikoje paaiškėjo kai kurių atribojimo sunkumų. Ypač nevienareikšmiškai išaiškinta, iki kokio lygio gali būti pažengęs uždrausto sandorio realizavimas; taip pat neaišku, ar ieškovas turi būti aktyvus vien iš atgailos arba ar pakanka, jeigu sandorio įvykdymas padaromas neįmanomu arba apsunkinamas, remiantis atsakovo atsisakymu arba kitomis aplinkybėmis.

Palyginkime teismų praktikos įrodymus *Goff/Jones*, ten pat, p. 512 ir kt.; *Birks*, ten pat, p. 424; *Wade*, U.Pa.L.Rev. 95 (1947) 282 ir kt. bei *Palmer*, ten pat, 8.7 straipsnį.

Vėliau daugelyje sprendimų atsiranda sakinys, kad ieškovo atgręžtinis reikalavimas patenkinamas, jeigu nepaminėdamas uždrausto sandorio jis nuosekliai patvirtina savo pretenziją. Ši taisyklė taikoma bylose, kai ieškovas, remdamasis smerktinu susitarimu, jam priklausančius daiktus įkeičia, išnuomoja, perduoda saugojimui arba, esant išlygai apie nuosavybės teisę, parduoda. Šiuo atveju atgręžtinį reikalavimą ieškovas gali pagrįsti savo nuosavybe arba, jeigu atsakovas daiktus jau pardavė arba perdirbo, savo reikalavimą dėl nuostolių atlyginimo – *conversion* tipo teisės pažeidimu. Kadangi čia *atsakovas* nuolat yra tas, kuris savo gynybos tikslais į procesą įtraukia sutarties prieštaravimą papročiams ar įstatymams, teismų praktika krypsta į tai, kad tariamai „nekaltam“ ieškovui suteiktų teisę. Tiesa, ir šios minties naudojimas praktikoje yra labai ginčytinas, tuo labiau kad labai greitai buvo suprasta, jog

permitting the plaintiff adroitly to phrase his declaration so as to omit any illegal aspect and make it necessary for the defendant to call attention to the illegality involved means that the whole decision is based not upon the merits of the plaintiff's claim but upon his attorney's skill in drafting a declaration (*Wade*, U.Pa.L.Rev. 95 [1947] 268). Palyginkime ir Goff/Jones, ten pat, p. 500 ir kt. išvardytus sprendimus, ypač *Taylor* prieš *Chester* (1869) L.R.4 Q.B. 309 ir *Bowmakers, Ltd.* v. *Barnets Intsruments, Ltd.* [1945] K.B. 65 (su *Hamson*, Camb.L.J. 10 [1948/50] 249) pastabomis.

Tam tikrą panašumą su šia bendrosios teisės taisykle Vokietijos teismų praktikoje turi pripažintas principas, kad Vokietijos CK 817 str. 2 d. taikoma tik tais atvejais, kai ieškininis reikalavimas remiasi 812 straipsniu, o ne, priešingai, tais atvejais, kai jis remiasi nuosavybe (985 str.) arba neleistinais veiksmais (Vokietijos CK 823 str. ir kt.). Motyvavimui Vokietijos Aukščiausiasis Teismas įgyvendino tai, kad „jeigu ieškininis reikalavimas gali remtis 823 ar-

ba 985 ir kitais straipsniais..., labiau apsaugota teismų sistemos teisė padeda ieškovui, o ne nepagrįsto praturtėjimo kreditoriui" (BGH JZ 1951, 716 su kritinėmis Raiserio pastabomis). Dėl šio principo smarkiai abejojama, nes jis neatsižvelgia į viską nulemiantį klausimą, ar *in casu* į uždraudimo įstatymo tikslą arba į viešą interesą susilaikant papročiams prieštaraujančių sandorių labiau galima atsižvelgti atgręžtinio reikalavimo pripažinimu arba geriau – jo pašalinimu, nesvarbu, kuo tas reikalavimas remiasi. Kad Vokietijos CK 817 str. 2 d., esant tam tikroms aplinkybėms, gali būti įgyvendinta ir reikalavimų iš *nuosavybės* atžvilgiu, išplaukia iš samprotavimo, į kurį dėmesį atkreipė ir v. Caemmerer, ten pat, ir Raiser, ten pat: nuosavybės perdavimas pagal Vokietijos teismų praktiką ir teoriją, jeigu jis įvyksta remiantis smerktina sutartimi, iš esmės yra galiojantis, ir, priešingai, negaliojantis tik tada, jeigu jo pagrindas – ypač grubus papročių arba teisinės sistemos pažeidimas. Tik esant neįprastai šokiruojantiems nusižengimams mokantysis lieka daikto, kurį jis atidavė vykdydamas papročiams arba įstatymui prieštaraujantį susitarimą, savininku; tačiau būtent tada jam, jeigu sektume anuo principu, turėtų būti pripažintas to daikto atgręžtinis reikalavimas, nes jis negali vadovautis 812 straipsniu, o tik Vokietijos CK 985 straipsniu.

3. Ir Prancūzijos teismų praktika, esant tokioms sąlygoms, nepripažįsta reikalavimo dėl neteisėtai arba amoraliai sumokėtų pinigų grąžinimo. Kadangi Prancūzijos CK nežino atitinkamos įstatyminės nuostatos, teismai vadovaujasi nuo seno perduodama *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* formule. Būtent Prancūzijos teisėje ypač sunku suprasti požiūrius, kurie praktikoje yra už ieškinio dėl atgręžtinio reikalavimo sutikimą arbą atmetimą. Teismų praktikoje išplėtoti kriterijai susikerta, dėl tikslo nustatymo dažnai eina priešinga linkme ir yra labai netiksliai aprašyti. Pripažinta, kad atgręžtinis reikalavimas, esant *papročiams prieštaraujančioms* sutartims *(conventions immorales)*, yra neįmanomas, tačiau esant *įstatymui prieštaraujančioms* sutartims *(conventions seulement illicides)* – paprastai leidžiamas. Todėl jeigu yra prieštaravimų kainų nuostatų arba kitų ūkinio ir politinio pobūdžio uždraudimo įstatymų atžvilgiu, ieškinys dėl atgręžtinio mokėjimo yra patenkinamas. Kas maisto produktus tyčia nupirko be reikiamo leidimo, gali reikalauti grąžinti pirkimo kainą:

> *attendu que si la jurisprudence refuse toute action à celui qui invoque une convention nulle comme immorale ou contraire aux bonnes moeurs, il n'est plus de même lorsque la convention est seulement prohibée par la loi et contraire à l'ordre public, sans être contraire aux bonnes moeurs et à la morale* (Aix 1945.3.28, Gaz.Pal. 1945.2.12 su *H.* ir *L. Mazeaud*, Rev.trim.civ. 44 [1946] 30 ir kt. pastabomis). Priešingai, nelegalių sandorių nagrinėjimas yra ginčytinas: kartais atgręžtinis reikalavimas buvo leidžiamas (pvz., Trib.com.Seine 1948.12.23, Gaz.Pal. 1949. 1. 22), kartais – ne (pvz., Trib.com.Seine 1945.11.2, Gaz.Pal. 1946. 1. 21).

Priešingai, jeigu sandoris pažeidžia nerašytas paprotines seksualinės moralės taisykles, atgręžtinis reikalavimas atmetamas: *Les comptes de ce genre ne se règlent pas en justice.*

> *Planiol/Ripert/Esmein* VII Nr. 750. Palyginkime ir 1972.1.25, D. 1972, 413; Com.1981.5.27, D. 1982, 51; abu su *Le Tournau* pastabomis. Aišku kaip ant delno, kad atskyrimas tarp „amoralių" ir „grynai neleidžiamų" sutarčių praktikoje veda prie didelių atribojimo sunkumų (plg. apie tai *Aubert*, ten pat, p. 95 ir kt.). Tačiau Italijos įstatymų leidėjas šį atskyrimą perėmė: civilinio kodekso 2035 straipsnis numato, kad atgręžtinis reikalavimas yra neįmanomas tik tada, jeigu sandoris mokančiajam reiškia *offesa al buon costume.* Taigi jeigu parduodamos prekės, kuriomis prekiauti įstatymiškai neleidžiama,

arba reikalaujama draudžiamo antkainio, galima reikalauti grąžinti pirkimo kainą (plg., pvz., Cass 1955.12.15 n. 3883, Giust.civ.Mass. 1955, 1457; Cass. 1958.7.10 n. 2501, Giust.civ.Mass. 1958, 889). Kuris, priešingai, dalyvauja bendrovėje, norinčioje užsiimti draudžiamu žaidimu kazino, savo įnašų grąžinimo reikalauti negali (cass. 1950.6.17 n. 1555, Foro it. Mass. 1950, 326).

Prancūzų literatūroje teismų praktiką buvo bandoma paaiškinti ir sutvarkyti taip, kad būtų preziumuojama, jog atgręžtinį reikalavimą ji užtikrina tik tais atvejais, jeigu tai geriausiai atitinka *odre public* interesus. Iš tiesų teismai dažnai patenkindavo ieškinį dėl atgalinio mokėjimo, jeigu padėties, kuri buvo sukurta peiktinu mokėjimu, tęsimasis prieštarauja viešajam interesui. Šiuo atveju ieškovui grąžinamas jo mokėjimas, nors įstatymui arba papročiams prieštaraujančiame sandoryje jis dalyvavo tyčia. Tačiau tame slypintis neteisingumas turi užleisti vietą tai aplinkybei, kad vyraujantys visuomenės interesai neprileistų mokėjimu sukurtos peiktinos turtinės padėties tęstinumo.

Šiuo motyvu vėl atimami kyšiai iš viešai arba pusiau viešai dalyvaujančių funkcionierių (plg. Civ. 1911.12.5, 1913.1.497 psl.). Uždrausto patvirtinimo mažesnės žemės sklypo pirkimo kainos atveju ieškovas gali reikalauti grąžinti sumokėtą antkainį (Req. 1928.10.24, Gaz.Pal. 1928.2.747; lygiai taip pat Vokietijos teismų praktika, tiesa, tik todėl, kad ypatingu potvarkiu Vokietijos CK 817 str. 2 d. panaudojamas, plg. BGHZ 11, 90). Kitą teismų praktiką cituoja *Aubert*, ten pat, p. 108 ir kt.

4. Ar pretenzija dėl atgręžtinio reikalavimo to, kas buvo sumokėta remiantis įstatymui ar papročiams prieštaraujančia sutartimi, ieškovui yra pripažįstama, ar ne, nagrinėtose teisės sistemose nusprendžiama pagal labai skirtingus požiūrius. Žinoma, kritiniam atsižvelgiamų sprendimo kriterijų apmąstymui jau seniai nebeužtenka mūsų trumpų išvedžiojimų. Tam pirmiausia reikia rūpestingo, į bylos rūšį orientuoto lyginamojo tyrimo. Iš jo veikiausiai išplauktų, kad tokios pat bylos, nors ir skirtingais sprendimo būdais, sprendžiamos ta pačia dvasia ir kad, jeigu rezultatai vienas nuo kito nukrypsta, tai kildinama ne iš sprendimo būdų, o iš vertybių skirtingumo. Iš tiesų lyginamosios teisės tyrinėtojui atrodo, kad šiuo dominančiu klausimu iš esmės viskas priklauso nuo to, ar prie sutarties negaliojimo vedanti norma geriau atitinka *tikslą*, kad mokėjimas lieka gavėjui, arba geriau tai, kad mokėjimas grąžinamas sumokėjusiam asmeniui. Uždraudimo įstatymas padeda atsakyti į klausimą, ar draudimą pažeidžianti sutartis yra galiojanti, ar ne. Nuo šio įstatymo turinio turi priklausyti, ar mokėjimai, pažeidžiantys draudimą, yra *grąžintini*, ar ne.Todėl kartais į tai atsakoma neigiamai, nes įstatymų leidėjo siekiamas įbauginimo poveikis bus pasiektas tik tada, jeigu šalys turės tikėtis visų pretenzijų nuostolio – ir pretenzijos dėl atgręžtiniu reikalavimu atliktų mokėjimų. Tačiau gali atsitikti ir kitaip.

Pagal Vokietijos kovos su „nelegaliu darbu“ įstatymą esant tam tikroms sąlygoms niekinė sutartis yra ta, kuria kiekvienas, neįtrauktas į Amatų rūmų sąrašą ir dėl to vengiantis oficialios kontrolės, yra įsipareigojęs atlikti namudines paslaugas. Vokietijos Aukščiausiojo Teismo požiūriu, norimas įbauginimo efektas pasiekiamas tuo, kad „nelegalus darbininkas“ negali reikšti reikalavimo dėl sutartimi numatyto atlyginimo ir privalo tikėtis, jog bus nubaustas ir privalės sumokėti mokesčius. Tačiau įstatymo tikslas nereikalauja, kad „nelegalus darbininkas“ viską prarastų ir kad užsakovas, remdamasis niekine sutartimi, gautas (ir dar neapmokėtas) darbo paslaugas galėtų pasilikti sau neatlygintinai. Priešingai, jis privalo atlyginti objektyvią paslaugų vertę; tiesa, ši vertė yra kur kas mažesnė nei sutartimi numatytas atlyginimas, nes dėl žalos atlyginimo užsakovui nepriklauso jo-

kie sutartiniai reikalavimai, jeigu „nelegalaus darbininko" paslauga buvo nepakankama (BGHZ 111, 308, 312 f.). Todėl *Treitel* (*Law of Contract* [1991] 436) pagrįstai sako, kad „bendroji taisyklė" eina ta linkme, kad vykdant uždraudimą pažeidžiančią sutartį negalima reikalauti grąžinti atliktą mokėjimą. Tačiau: *It would be better if the law did not adopt a „general rule" but asked in relation to each type of illegality wheter it wa recovery or non-recovery that was the more likely to promote the purpose of the invalidating rule.*

Ne kitaip bus ir tuo atveju, jeigu sutartis yra niekinė ne dėl prieštaravimo įstatymui, o dėl prieštaravimo viešajai tvarkai. Ir čia teisėjas privalo atvirai patikrinti, kaip geriau atsižvelgti į tokių sandorių spaudimo priemonės interesą: atgręžtinio reikalavimo paskyrimu ar atsisakymu.

Tinsley v. *Milligan* [1993] 3 W.L.R. (H.L.) byloje šalys iš bendrų lėšų įsigijo namą ir susitarė, kad joms namas priklauso per pusę bendros jungtinės nuosavybės teise, tačiau ieškovė turi būti registruota kaip vienintelė savininkė dėl to, kad pažeidžiant tiesą atsakovė socialinei tarnybai galėtų būti pavaizduota kaip nepasiturinti ir pareikalauti didesnių mokėjimų. Šalims susiginčijus ieškovė, vadovaudamasi išimtine nuosavybe, reikalavo, kad atsakovė atlaisvintų namą, o atsakovė priešieškinio būdu – kad teismas duotų nurodymą parduoti namą ir pusė įplaukų atitektų jai. Tiek Apeliacinis Teismas, tiek Lordų Rūmai patenkino priešieškinį. Žinoma, sprendimas abiejuose teismuose buvo labai ginčytinas. Šiuo atveju arčiausiai atstovaujamos nuomonės buvo *Nichols* L.J. Apeliaciniame teisme ([1992] Ch. 310): *These authorities seem to me to establish that when applying the „ex turpi causa" maxim in a case in which a defence of illegality has been raised, the court should keep in mind that the underlying principle is the so-called public conscience test. The court must weigh, or balance, the adverse consequences of granting relief against the adverse consequences of refusing relief. The ultimate decision calls for a value judgment... Balancing these considerations I have no doubt that, far from it being an affront to the public conscience to grant relief in this case, it would be an affront to the public conscience not to do so. Rightthinking people would not consider that condemnation of the parties' fraudulent activities ought to have the consequence of permitting the plaintiff to retain the defendant's half-share of this house. That would to be visit on the defendant a disproportionale penalty, in the circumstances as they are now* (ten pat, p. 319 ir 321). Tiesa, Lordų Rūmai apie tokį *public conscience test* nenorėjo nieko žinoti ir priešieškinį patenkino dėl kitų priežasčių. Palyginkime Goff/Jones, p. 501, 519 ir kt.).

Taigi jeigu teisėjui iškelsime reikalavimą, kad pagal bylos rūšį jis turi atvirai patikrinti, ar viešas interesas labiau reikalauja atgręžtinio reikalavimo pripažinimo ar nepripažinimo, bendroji teisė savo saugiu instinktu šią bendrą taisyklę sukonkretino *locus poenitentiae* ir *paritudo delicti* teorija. Jeigu siekiama, kad abejotinas sandoris nebūtų atliktas, ypatingais bylų atvejais gali būti protinga mokantįjį asmenį paskatinti laiku atskleisti sandorį, jam pripažįstant atgręžtinio reikalavimo teisę. Lygiai taip pat teisinga yra paklausti, ar ieškovas priklauso asmenų ratui, kurių apsaugos siekia šiuo momentu egzistuojantis uždraudimo įstatymas. Jei tai tas atvejis, jam galima užtikrinti atgalinio mokėjimo reikalavimą, nes jis nėra *in pari delicto*. Priešingai, klaidinga yra tezė, kad atgręžtinis reikalavimas nuolat ir esant visoms aplinkybėms yra motyvuotas, jeigu ieškovas reikalavimą gali pagrįsti savo nuosavybe arba teisės pažeidimu, arba jeigu jis savo ieškinį, neiškeldamas klausimo dėl smerktino sandorio, sugeba įtikinamai pateisinti. Todėl parenkami formalūs kriterijai, kurie nesusiję su viską lemiančiu interesų klausimu.

Vokietijos teismų praktikoje ir vėl pritarimo nesulaukia teorija, pagal kurią atgręžtinis reikalavimas yra nuolat pripažįstamas, jeigu mokėjimas gavėjui atliktas tik „laikinam tikslui", laikinai lieka jo vartojimui. Jeigu advokatas, nusižengdamas valiutos įstatymui, vokiškus pinigus pasiūlė pakeisti į užsienio valiutą, iš kliento šiam tikslui gautą sumą jis privalo grąžinti, nepaisant Vokietijos CK 817 straipsnio 2 dalies. Jeigu toks yra Vokietijos Aukščiausiojo Teismo sprendimas (BGHZ 28, 255), tai, žinoma, teisinga, bet ne todėl, kad pinigai advokatui sumokėti „laikinam tikslui" ir klientui turėjo būti grąžinti po įvykusio keitimo, tačiau todėl, kad viešąjį interesą dėl susilaikymo nuo valiutos spekuliacijos geriausiai atitinka tai, kad atgalinis mokėjimas būtų priteistas tam, kuris, remdamasis savo žiniomis ir pažintimis, pasisiūlė atlikti tokius neaiškius sandorius ir kuris, jeigu pinigus būtų galėjęs pasilikti sau, nenubaustas ir ateityje vėl pasisiūtytų tokiam pačiam darbui. Tačiau tinkama motyvacija Vokietijos Aukščiausiasis Teismas patenkino ieškinį savininko, kuris viešnamio funkcionavimui išnuomotą žemės sklypą pareikalavo grąžinti anksčiau, nei baigėsi nuomos terminas (BGHZ 41, 341): šiuo atveju teismas nepasinaudojo klaidinga teorija, pagal kurią Vokietijos CK 817 str. 2 d. *rei vindicatio* atžvilgiu neturi jokio poveikio. Priešingai, jis pagrįstai nusprendė, kad tai slypi „su Vokietijos CK 138 straipsnio tikslu" nesuderintoje „viešnamių verslo legalizacijoje", ir nuomininkas nuomos sutarties metu dėl vindikacijos ieškinio galėjo sėkmingai gintis Vokietijos CK 817 straipsnio 2 dalimi.

IV.

1. Kam mokėjimas atliktas neteisėtai, pagal Vokietijos CK 818 str. 3 d. jo grąžinti nereikia, jeigu asmuo „labiau nepraturtėjo". Už šio sakinio slypi (šiandien abejotinu tapęs) įstatymų leidėjų samprotavimas, kad reikalavimas dėl nepagrįsto praturtėjimo, nes jis užtikrintas tik dėl teisingumo, negali vesti prie to, kad praturtėjęs asmuo iš atgręžtinio reikalavimo patirtų nuostolių. Todėl tradicinė vokiečių teorija „praturtėjimą" supranta kaip turtinį skirtumą: kaip perteklių viso gavėjui iš praturtėjimo susidariusio pelno, likusio nuo su tuo susijusių išlaidų. Iš to išplaukia, kad gavėjas į praturtėjimo sumažėjimą gali įtraukti visus nuostolius, kurie jam atsirado atsižvelgiant į įsigijimą arba jam atsirastų kaip atgalinio užtikrinimo padarinys; kita sąlyga yra ta, kad tie nuostoliai atsirado laikotarpiu, kai gavėjas dar tikėjo teise mokėjimą pasilikti sau ir dar nepareiškė ieškinio dėl grąžinimo. Taigi gavėjas tampa laisvu arba jo įsipareigojimas mažėja, jeigu tai, kas gauta, sunaikinta arba pasisavinta (RGZ 65, 392; RGZ 79, 285), arba areštuota valstybės (RG BankArch. 26 [1926/27] 123; OGHZ 1, 298); jeigu gautus pinigus jis paskolina sukčiui (BGH JZ 1961, 699) arba investuoja į pramonės įmonę, kuri po karo bus demontuota (BGH MDR 1957, 598); jeigu gautą prekę jis dovanoja (plg. RG WarnRspr. 1917, Nr. 140) arba nuostolingai parduoda (RGZ 75, 361; RG JW 1915, 711); jeigu pasitikėdamas teisiniu įsigijimo pastovumu ima ją naudoti (RGZ 117, 112; RG WarnRspr. 1919, Nr. 196), padidina pragyvenimo išlaidas (RGZ 83, 159; 83, 161), reikalavimams leidžia netekti galios dėl senaties (RGZ 70, 350), atsisako reikalavimų (RG JW 1909, 274) arba prisiima įsipareigojimus, kuriuos nutraukti gali tik atsiradus nuostoliams (RG JW 1914, 302; RG JW 1928, 2444); jis gali išskaityti ir įsigijimo bei grąžinimo išlaidas (RGZ 72, 1: Maklerkosten; BGHZ 32, 240, 244; RGZ 96, 345, 347; OGHZ 4, 81, 86 ir kt..: *Kosten und Gefahr der Rückgabe*). Trumpai tariant, nepagrįsto praturtėjimo kreditoriui našta iš esmės tampa visi įvykiai, kurie praturtėjusio asmens turtinį didinimą nuo pat pradžių neutralizuoja arba vėliau vėl panaikina. Tai ir yra daug kartų cituotas reikalavimo dėl nepagrįsto praturtėjimo

„bejėgiškumas" (*A.* v. *Tuhr*, ten pat, p. 305). Vokiečių teisininkui jis galioja kaip pirminis atsakomybės dėl praturtėjimo požymis.

2. Kitos teisės sistemos į praturtėjusio asmens interesus neatsižvelgia taip plačiai. Žinoma, sprendimų pagrindai atskirose šalyse yra gana skirtingi:

a) Tam tikras patiklaus gavėjo privilegijavimas atsiranda, tai akivaizdu, visuose kontinento civiliniuose kodeksuose. Kai kurie iš jų nustato ribas dėl griežtesnės nesąžiningųjų atsakomybės. Kai civilinis kodeksas griežtesnę atsakomybę (išskyrus, kai byla atiduota teismui) leidžia panaudoti tik visiškai žinant apie teisinį nepagrįstumą (819 str. 1 d.), teismų praktika neleidžia, kad tam užtektų vien žinoti teisinį nepagrįstumą motyvuojančias aplinkybes (plg. RG WanRspr. 1918 Nr. 224; RG JW 1931, 529). Austrijos ir Šveicarijos civiliniai kodeksai privilegiją atmeta, jeigu gavėjas turėjo „tikėtis grąžinimo" (Šveicarijos PK 64 str.) arba „iš aplinkybių nujausti apie davėjo suklydimą" (Austrijos CK 1437 str.).

b) Pati atsakomybė civiliniuose kodeksuose turinio atžvilgiu dažnai remiasi vindikacine atsakomybe. Taip Austrijos CK 1437 straipsnis neskolingo mokėjimo gavėjui nurodo valdytojo reikalavimą savininkui. Prancūzijos CK 1376 ir kiti straipsniai, kurie kalba apie neskolingo mokėjimo atgręžtinį reikalavimą, atsakomybę reguliuoja tiesiogiai, o byloje – taip, kaip kituose kontinento civiliniuose kodeksuose yra sutvarkytas savininko ir valdytojo santykis. Šveicarijos nepagrįsto praturtėjimo institutas mažų mažiausiai reglamentuoja panaudojimų apskaičiavimą, kuris yra toks pat, kaip ir neteisėto valdytojo atsakomybė (Šveicarijos PK 65 str.). Beje, Šveicarijoje vindikacinė atsakomybė įsitraukia į žaidimą tuo, kad atsisakant abstrakcijos principo perdavimo kito asmens nuosavybėn galiojimas leidžia būti priklausomu nuo pagrindinio sandorio galiojimo.

Ir šiose šalyse vindikacinė atsakomybė, kaip ir Vokietijos CK 987 bei kituose straipsniuose, reiškia, kad daiktą praradus, jam žlugus ar nenaudingai jį panaudojus asmuo atleidžiamas nuo atsakomybės, kadangi į turto netekimo nuostolius gali būti priskaičiuojami tik realūs turto netekimo nuostoliai bei būtinosios išlaidos (Austrijos CK 321, 323 str.; Šveicarijos PK 65 str. 1 d.; Prancūzijos CK 1381 str.; *Planiol/Ripert/Esmein* VII Nr. 746 pabaigoje).

c) Keliose Europos šalyse nepagrįstų *piniginių* mokėjimų gavėją norima apriboti griežtomis sąlygomis. Pagal romėnų šaltinius pinigų gavėjas jokiomis aplinkybėmis negalėjo būti atleistas nuo grąžinimo, kadangi pagal paskolos rūšį jis buvo skolingas grąžinti tą pačią sumą (plg. v.Tuhr, ten pat, p. 297 ir kt.; Siber, *Römisches Recht II* [1928]] 218 ir kt.). Nuo glosos iki kodifikacijų laikotarpio šios teorijos visą laiką buvo laikomasi bendrojoje Europos literatūroje. Prūsijos žemės teisė sekė ja (193 str. 16 I), o XIX a. vokiečių pandektų literatūroje, priešingai Winscheidui, ji buvo dar gyvai propaguojama mažumos (apie plėtojimąsi nuo *glosos* plg. Flume, ten pat).

Šiandieną šios garbios taisyklės dar laikomasi Austrijoje, Prancūzijoje ir Italijoje. Žinoma, ji grindžiama pragmatiškesniais samprotavimais nei vien rėmimusi šaltiniais. Nurodoma į pinigų kraštutinį funkcionalumą, kuris iš esmės daro neįmanoma, kad piniginių mokėjimų gauta vertė visomis savo metamorfozėmis gavėjo turte veiktų toliau; arba labiau galvojama apie universalų pinigų tinkamumą ir iš to daroma išvada, kad galutinė praturtėjusiojo nauda slypi tame, jog gauta suma jis gali disponuoti savo nuožiūra.

Palyginkime *Klang Gschnitzer,* Kommentar zum ABGB IV (1951/63) 877 str. pastabos III 2a (p. 158); Klang/Wilburg, Kommentar zum ABGB IV (1951) 1431 str. ir kt. su pastabomis X B 2 (p.

480); *Rummel*, Kommentar zum ABGB (1983) 1437 str. Rd, Nr. 12; *Planiol/Ripert/Esmein* VII, Nr. 746; *Beudant/Lerebours-Pigeonnière/Rodiere*, *Cours de droit civil fran ais IX bis* (1952) Nr. 1751; *Trimarchi*, ten pat, p. 160 ir kt.

Pagal šią taisyklę elgiamasi, jeigu pradinė pareiga grąžinti tam tikrą objektą vėliau, pavyzdžiui, naudingu sunaudojimu, pasikeitė į skolos kainą. Visa kita eiga praturtėjusiojo turte kreditoriaus daugiau nedomina.

d) Anglijoje Lordų Rūmai naujesniu sprendimu pripažino, kad kartais nepagrįstą praturtėjimą atsisakoma grąžinti, jeigu patiklus gavėjas taip pakeitė savo padėtį *(has so changed his position)*, kad būtų neteisėta, jeigu vis dėlto jis būtų įpareigotas grąžinti tai, ką gavo.

Palyginkime *Lordą Goffą Lipkin Gorman* v. *Karpnale Ltd.* [1991] 2 A.C. 548, 579 byloje: *We should ask ourselves: why do we feel that it would be unjust to allow restitution in cases such as these? The answer must be that, where an innocent defendant's position is so changed that he will suffer an injustice if called upon to repay or to repay in full, the injustice of requiring him so to repay outweights the injustice of denying the plaintiff restitution.* Kokioms aplinkybėms esant atsakovas gali vadovautis *change of position* (padėties pasikeitimu), teismų praktika ateityje turės išnagrinėti *on a case by case basis.* Tačiau iš sprendimo motyvuojamosios dalies išplaukia, kad šia gynyba gali remtis ne tik patiklus atsakovas; iš jos išplaukia ir tai, kad *change of position* (padėties pasikeitimo) neužtenka, jeigu atsakovas tik įrodo, kad gautą sumą jis išleido. Tačiau jeigu pinigus jis panaudojo tikslui, kuris šiaip jam svetimas, pavyzdžiui, kelionei po pasaulį arba aukai visuomeniškai naudingos įstaigos naudai, yra viena, o jeigu už tuos pinigus nusipirko ką nors, ko paprastai nebūtų įsigijęs, jis privalo mokėti tik tai, kas atitinka įsigyto ir dar egzistuojančio objekto vertę. Palyginkime apie šį sprendimą išsamiai *Goff/Jones*, ten pat, p. 739 ir kt.; plg. *Meier* ZeuP 1993, 365.

Pagal ligšiolinę teismų praktiką atsakovas praturtėjimą mažinančiomis aplinkybėmis galėjo vadovautis tik esant bendrosioms *estoppel* (užkirsti kelią asmeniui, atlikusiam tam tikrus veiksmus, neigti ar ginčyti su tokiais veiksmais susijusias aplinkybes) sąlygoms. Taigi ieškovui žodžiais ar nuosekliu elgesiu leidus suprasti, jog atsakovui sumokėti pinigai iš tiesų priklauso, jam yra užkirstas kelias *(estopped)* vėliau remtis priešingu teigimu, jeigu kitas, pasitikėdamas jam suteikta padėtimi, kažką pakeitė, dėl ko būtų neteisinga jį dabar įpareigoti grąžinimui. Teismų praktika parodo, kad tikrinant *estoppel* prieštaravimą, atliekami tokie patys samprotavimai, nuo kurių ateityje priklausys *change of position* (padėties pasikeitimas) (plg. Goff/Jones, ten pat, p. 746 ir kt.). Pvz., atsakovo atžvilgiu nusiteikiama draugiškai, jeigu reikalaujama grąžinti klaidingai sumokėtą atlyginimą. Daug kartų cituotoje *Skying* v. *Greenwood* (1825) 4 B.&C. 281, 107 Eng.Rep. 1064 byloje taip neatsitiko, kai artilerijos majoras kelerius metus gavo didesnį atlyginimą, nes darbo užmokesčio skyrius praleido vidinį kategorijos įsaką. To užteko teisėjams, kad atmestų atgręžtinį reikalavimą:

It is of great importance to any man that he should not be led to suppose that his annual income is greater than it really is. Every prudent man accommodates his mode of living to what he supposes to be his income. It therefore works a great prejudice to any man, if... he may be called upon to pay [the sums] back (ten pat, p. 289). Panašiai *Holt* v. *Markham* [1923] 1 K.B. 504 byloje: karininkui atsisveikinant su karo tarnyba armijos darbo skyrius, nežinodamas specialaus nutarimo, sumokėjo

jam per didelę kompensaciją. Kai po 18 mėnesių klaida buvo pastebėta, pinigus pareikalauta grąžinti atgal, tačiau visų pirma – blogai motyvuojant; tą motyvą atsakovas išsamiame laiške ištaisė. Po dar dviejų mėnesių buvo iš naujo pareikalauta, dabar jau teisingu motyvu. Tuo metu atsakovas dar turimą pinigų dalį investavo ir jų neteko. Ieškinys dėl atgręžtinio reikalavimo nebuvo sėkmingas. Palyginkime toliau *Avon County Council v. Howlett* [1938] 1 All. E.R. 1073.

Atsakovo atžvilgiu nusiteikiama palankiai ir tuo atveju, jeigu nepagrįstas įsigijimas nukreiptas į jau tarp šalių egzistuojančius prievolinius santykius. Taip buvo *Deutsche Bank* v. *Beriro* (1895) 73 L.T. 669 byloje, kai importuotojas įgaliojo banką gauti mokėjimą pagal vekselį. Bankas klaidingai informavo importuotoją, kad vekselis apmokėtas, ir išmokėjo jam sumą. Kai vėliau išaiškėjo, kad vekselis iš tiesų neapmokėtas, importuotojas savo užsienio prekybos partneriui sumą į kreditą užrašė neatšaukiamai. Teisėjas manė, kad, remiantis banko elgesiu, jam užkirstas kelias *(estopped)* reikalauti grąžinti mokėjimą, nes per apsirikimą vienas jo tarnautojų pažeidė užsakovo teises, klaidingai informuodamas apie vekselio apmokėjimą. Su šiuo suklydimu atsakovas neturėjo nieko bendro: *Upon what ground of law or of equity can they sat that they canget rid of the consequences of their breach of duty because they had made a mistake?* (teisėjas *Mathew*, ten pat, p. 670).

Teismai blaiviau žiūri į praturtėjusiojo interesus, jeigu tarp šalių nebuvo jokių ypatingų rūpestingumo įsipareigojimų. *Weld-Blundell* v. *Synott* [1940] 2 K.B. 107 byloje pirmasis žemės sklypo hipotekos turėtojas per neapsižiūrėjimą nuo priverstinio pardavimo pajamų sau pasiliko per mažai ir per daug išmokėjo antrajam hipotekos turėtojui. Šis, tarp kita ko, kreipėsi dėl atgręžtinio reikalavimo, nes dėl mokėjimo praleidimo žemės sklypo savininkui jis pats laiku nepareiškė reikalavimų. Tačiau teisėjas manė: *I do not think an estoppel arises unless it can be shown that there was neglect or misconduct on the plaintiff's part in making the misrepresentation* (ten pat, p. 114). Tai negali būti prikišta ieškovui, nes, apskaičiuojant pajamų dalis, pirmasis hipotekos turėtojas antrajam neskolingas jokio ypatingo sąžiningumo.

Atsakovo prieštaravimas, kad pasitikėdamas įsigijimu jis disponavo neatšaukiamai, nesulaukia pritarimo, jeigu atsakovas už neteisėtai gautus pinigus nusipirko kažką, ką jis buvo tvirtai nusprendęs įsigyti bet kuriuo atveju, nors tai būtų atlikta ir su kredito pagalba (*United Overseas Bank* v. *Jiwani* [1977] 1 All. E.R. 733).

e) Amerikos teisei įtakos turėjo tai, kad nuo pat pradžių remtasi Lordu Mansfieldu, kuris praturtėjusiojo įsipareigojimą grąžinti garantiją parėmė *natural justice and equity* (prigimtine teise ir teisingumu), nes buvo aišku, kad svarstant atskirus bylos *equities* klausimus, atsižvelgiama ir į tai, kad atsakovas iš to, kas gauta, neturėjo jokios naudos. 1875 metais *New Yorker Court of Appeal* (Niujorko apeliacinis teismas) nustatė taisyklę, kad negalima duoti grąžinimo garantijos, jeigu *the payment has caused such a change in the position of the other party that it would be unjust to require him to refund* (*Mayer* v. *New York* 63 N.Y. 455 (1875)]. Šiandieną *Restatement of the Law of Restitution* (Teisių atkūrimo įstatymo teisės normų sąvadas) *change of circumstances* (padėties pasikeitimu) leidžia galioti prieštaravimui tiesiog visiems restitucijos reikalavimams (142 str.).

Pateisinamomis *change of circumstances* (arba *change of position*) laikomos tokios pat situacijos, kurios Vokietijos teisėje galioja kaip išlaisvinantis nepagrįsto praturtėjimo panaikinimas: gauto daikto žlugimas, netekimas arba vagystė; naudojimas netaupant arba pardavimas už mažesnę kainą; išlai-

dos tam, kas gauta; teisinių įsipareigojimų, kurie apskritai negali būti panaikinti arba gali būti panaikinti tik esant netekimui, gavimas; teisių ir garantijų atsisakymas; savalaikio reikalavimų įgyvendinimo praleidimas; nepelningas gautų pinigų investavimas; dovanojimai to, kas gauta; gavėjo išeikvojimai. Palyginkime teismų praktikos įrodymus *Palmer*, ten pat, 16.8 straipsnis.

Tačiau prieštaravimų, pagrįstų teisingumu, ir samprotavimų kilmė atkreipia dėmesį į tai, kad atsakomybę panaikina ne vien grynas gautos naudos panaikinimas. Atsakovas sėkmingai ginasi tik tada, jeigu gali įrodyti, jog grąžinimas dėl pasikeitusios situacijos būtų neteisingas. Amerikos teisėjai šiuo atveju mato žalos paskirstymo problemą: jeigu situacija yra tokia, kad praturtėjusiajam po grąžinimo būtų blogiau nei prieš įgijimą, tada klausiama, ar už atsiradusią žalą turi atsakyti *ieškovas*, kuriam negrąžinama tai, ką jis prarado, ar *atsakovas*, kuris, nepaisant gresiančios žalos, turi grąžinti tai, ką įgijo? Atsakymas priklauso nuo abiejų šalių *equities* samprotavimo: žala apsunkinama ta šalis, kuri, apsvarsčius visas aplinkybes, pirmiausia pasirodo atsakinga už ją. Esant šiai nuomonei ypač įvertinamas šalių elgesys ir pozicija prieš praturtėjimą, jo metu ir po jo. Tačiau ir kitos aplinkybės, pavyzdžiui, šalių socialiniai ir finansiniai santykiai, gali būti svarbios.

Žemiau išnagrinėti atvejai akivaizdžiai parodo argumentacijų rūšį.

Behring v. *Somerville* 44A. 641 (N.J. 1899) byloje hipoteka buvo perleista visų pirma A, vėliau tas pats cedentas dar kartą perleido B, kuris į hipoteką įgijo vėlesnę teisę. Žemės sklypo savininkas mokėjo hipotekos sumą, nežinodamas apie perleidimą B, o atskleidus klaidą sumą pareikalavo grąžinti. Tuo tarpu B hipoteką panaikino. Ieškinį dėl mokėjimo grąžinimo teismas atmetė: šiuo atveju abi šalys padarė tą pačią klaidą. Registruojant hipoteką abi šalys būtų turėjusios tą pačią patikrinimo galimybę. Šiuo atveju jokia šalis dėl teismo pagalbos neturi daugiau pretenzijų nei kita. Todėl jos *to be left in the position in which they placed themselves*. *Jefferson County Bank* v. *Hansen Lumber Co.* 246 Ky. 384, 55 S.W. 2d. 54 (1932) byloje kažkas nupirko medienos krovinį. Susitarta, kad atsakovės bankui bus sumokėta išdavus pakrovimo dokumentus. Pirkėjas sumokėjo pardavėjui po pranešimo, kad prekės išsiųstos, nepasižiūrėjęs į dokumentus. Iš tiesų prekės niekada nebuvo išsiųstos. Po to, kai bankas sumokėtą pirkimo sumą perdavė toliau, pardavėjas bankrutavo. Po devynių mėnesių pardavėjas pareikalavo, kad bankas grąžintų pirkimo kainą. Teismas tai atmetė. Iš pradžių jis aiškino apgailestaująs, kad po įvykių eigos atliktas mokėjimas reiškia nuostolius, kuriuos turi atlyginti viena iš šalių. Šie nuostoliai turi tekti tam, *to whose fault or negligence this loss is most fairly attributable*. Tada teismas nustatė, kad ieškovas, galėjęs reikalauti mokėjimo žingsnis po žingsnio, dėl išankstinio mokėjimo pasielgė be galo skubotai, be to, nenaudingai ilgai uždelsė atgręžtinį reikalavimą. Ieškovas iš esmės nebereikalavo grąžinti nepagrįstą praturtėjimą, o tik norėjo atsakovei užkrauti nuostolius, dėl kurių jis pats buvo kaltas. *Moritz* v. *Horsmann* 9 N.W. 2d. 868 (Mich. 1943) byla yra pavyzdys to, kaip teisingumo rėmuose ne tik šalių dalyvavimas praturtėjimo procese, bet ir jų kiti santykiai gali veikti atsakomybę. Šiuo atveju atsakovas, kaip tariamas įstatyminis paveldėtojas, gavo dalį savo įtėvio palikimo. Vėliau išaiškėjo, kad pagal esminius įstatymus įvaikiai nepriskiriami prie įstatyminių paveldėtojų. Tikrieji palikuonys, atsižvelgdami į tai, reikalavo grąžinti tai, kas atiteko atsakovui. Iš 13 000 dolerių, kuriuos gavo atsakovas, jis dar turėjo 5000 dolerių vertybiniais popieriais; 3000 dolerių jis įmokėjo už butą ir baldus. Dėl likusios dalies jis negalėjo pateikti duomenų. Teismas atsižvelgė į tai, kad rankose jis turėjo tik 5000 dolerių, kad tam tikrą laiką buvo bedarbis, kad jo žmona sirgo daugiau nei metus

ir todėl jis išleidęs daug pinigų gydytojams bei vaistams; pagaliau ieškovas ir atsakovas vienodai sumokėjo už atleistiną teisinį suklydimą. Būtų neteisingai griežta, taip manė teismas, esant tokioms aplinkybėms atsakovui užkrauti atsakomybę dėl viso to, kas gauta. Teismas vadovavosi tuo, kad atsakovas prie 5000 dolerių iš savo valdymo galbūt galįs išspausti dar kitus 2500 dolerių. Iš bendros 7500 dolerių sumos jis privaląs mokėti du trečdalius, t.y. 5000 dolerių, kuriais jis disponuoja.

3. Užsienio teismų sprendimai mums rodo, kad Vokietijos teisėje naudojama atsakomybės formulė neišvengiamai išplaukia iš daikto prigimties. Antra vertus, galima nustatyti, kad skirtingos teisės sistemos, esant skirtingoms teorinėms pozicijoms, vienodų rezultatų pasiekia daugelyje bylų. Čia pateiktose siaurose ribose tai gali būti pademonstruota tik dviejų bylų pavyzdžiu: a) esant klaidingam atlyginimų, pensijų ir kitų darbo užmokesčių mokėjimui; b) esant nepilnamečių nepagrįsto praturtėjimo atsakomybei.

a) Jeigu kas nors per klaidą sumokėjo pinigų sumą, pagal Vokietijos CK 818 str. 3 d. yra atleidžiamas nuo atsakomybės, jeigu pinigus jis išleido netaupydamas kitų išlaidų. Pagal bendruosius principus gavėjas šią aplinkybę privalo įrodyti. Esant klaidingiems perteklinių *atlyginimų* mokėjimams, Vokietijos teismų praktika vadovaujasi „patyrimo teze“, kad gavėjas padidintų atlyginimų nekaupia, o netrukus išleidžia geresniam pragyvenimui su ta išvada, kad ieškinio metu jis nepraturtėjo permokėjimo verte. Todėl atlyginimo gavėjo naudai ji visada naudoja Vokietijos CK 818 str. 3 d., jeigu apskritai įrodomas viso atlyginimo panaudojimas (plg. RGZ 83, 159 ir 161; BVerwGE 8, 261, 270; 13, 107, 110). Tiesa, kaip praturtėjimo panaikinimas tai buvo nagrinėjama tik tada, kai pinigai išleisti laikiniems daiktams, pavyzdžiui, maisto prekėms, kelionėms ar panašiems dalykams. Pastaruoju metu priskaičiavimą ruoštasi garantuoti ir tada, jeigu išlaidų atitikmuo dar yra atlyginimo gavėjo rankose, tačiau, nepaisant to mokėjimo, grąžinimas gavėjui padarytų nuostolių, pavyzdžiui, įsigyjant baldus, jeigu baldai buvo parduoti tik už dalį savo tikrosios vertės (BGH MDR 1959, 109).

Atlyginimo gavėjo apsaugai teismų praktika bando nuslėpti dar kitą sakinį, kuris šiaip yra komentarų dėl Vokietijos CK 818 str. 3 d. sudedamoji dalis: ypač taisyklė, kad skolų apmokėjimas iš to, kas gauta, nesumažina nepagrįsto praturtėjimo, nes kreditoriaus mokėjimui lygiaverčiai priešpriešinamas skolos padengimas kaip aktyvai. Vokietijos administracinis teismas siekia, kad praturtėjimo panaikinimo prieštaravimas galiotų ir šiuo atveju, nes į tarnautojo buities pritaikymą prie iš tiesų egzistuojančių pajamų turi būti atsižvelgta ir tada, jeigu jis įvyksta netiesiogiai per skolų naštos sumažinimą (BverwGE 15, 15, 17 f.; plg. ir *Staudinger/Lorenz*, Kommentar zum BGB [1986] 818 straipsnis RdNr. 38; *Lieb* veikale *Münchener Kommentar* [1986] 818 str. RdNr. 83).

Socialinių samprotavimų, slypinčių už šios teismų praktikos, pastebima ir kitose šalyse. Austrijoje teorija, kad pinigai yra grąžinami ta pačia suma, tokią nuomonę, tiesą sakant, pašalintų. *Atlyginimo* permokėjimo atveju yra pasiruošta padaryti išimtį. Austrijos Aukščiausiasis Teismas vienoje byloje, kai geležinkelio tarnautojui buvo blogai apskaičiuota pensija, pasakė:

Kalbama apie masinį reiškinį, kad Austrijos geležinkelis disponuoja savita vieta, kuri užsiima pensijų nustatymu ir privalo atsakyti Austrijos geležinkelio administracijai; galima netgi galvoti apie tai, kad dėl papildomo išmokėjimo yra kaltas ir federacinis geležinkelis. Pensija, kuri iš esmės yra piniginis reikalavimas, tai – materialinė parama. Gavėjas gauna ir naudoja šiam tikslui sumą, kas

abiejų šalių turi būti pripažįstama kaip savaime suprantama, o papildomas gavimas, kaip jau pateikta aukščiau, yra papildomo panaudojimo priežastis. Todėl atgręžtiniame reikalavime daugelyje bylų slypi didelė neteisybė, nes tarnautojas nesugeba turėti paruošto padengimo fondo (OGH 1923.4.23, SZ 11, Nr. 86, p. 265).

Ta pati problema yra ir Prancūzijoje. Čia padedama tuo, kad praturtėjusiajam už nuostolius, kurie pagal specialias nuostatas apie neskolos mokėjimą nėra priskaičiuojami, pripažįstamas reikalavimas dėl abipusio nuostolių užskaitymo iš skolingo deliktinio veiksmo ar valstybės administracijos kaltės. Prancūzijos teisėje ši pagalba artimesnė nei Vokietijos, nes ten pagal nesutartinę atsakomybės teisę yra atlyginami ir „gryni“ turtiniai nuostoliai, kurie dėl išvardijimo principo Vokietijoje CK 823 str. 1 d. turėtų likti neatlygintinais. Kaip pavyzdys tokiai atgręžtinio reikalavimo kompensacijai su reikalavimu dėl atlyginimo dažnai cituojamas senesnis *Conseil d'État* (1904.7.1, S. 1904.3.121) sprendimas.Vienam pensininkui 15 metų buvo klaidingai priskaičiuojamos per didelės pajamos, kurias jis panaudojo savo buičiai. *Conseil d'État* atmetė atgręžtinį reikalavimą. Toks ilgus metus besitęsiantis suklydimas galįs remtis tik *faute de service, qui engage la responsabilité de l'État.*

Palyginkime ir minėtus naujesnius sprendimus, kuriuose neskolingų socialinio draudimo mokėjimų gavėjui buvo pripažintas abipusiai užskaitytinas reikalavimas atlyginti nuostolius. Kituose sprendimuose kasacinis teismas neskolingo mokėjimo gavėjui leido gintis tuo, jog mokančiojo suklydimas dėl savo mokėjimo pareigos rėmėsi kalte, kad jis pats, gaudamas mokėjimą, buvęs patiklus, kad pagal bylos aplinkybes atgaliniu mokėjimu jam atsirastų nuostolių ir kad todėl jis turįs teisę tai, kas gauta, pasilikti sau arba grąžinti tik dalį. Plg., pvz., Com. 1991.11.19, J.C. 1993.II. 22012 su *Donniero* pastabomis.

b) Visos teisės sistemos *nepilnametį* vienaip ar kitaip saugo nuo nuostolių, kurie jam gali atsirasti dėl įsipareigojimų prisiėmimo. Jei apsauga turi galioti, tada turi būti apribotas ne tik nepilnamečių veiksnumas, bet ir jų grąžinimo pareiga po įgyvendintos sutarties arba iš kito nepagrįsto praturtėjimo, susieto su tam tikromis išlygomis.

Nepilnamečių apsauga Vokietijos teisėje realizuojama Vokietojos CK 818 str. 3 d. išplėtota vieningumo formule: nepilnametis atsako, kaip ir kiekvienas kitas nepagrįsto praturtėjimo skolininkas, tik už turtinį pagausėjimą, kuris dar egzistuoja. Kad tai yra ypatinga apsauga, stebėtojui aišku tik tada, jeigu kalbama apie tikslesnę nesąžiningojo atsakomybę (Vokietijos CK 819 str. 1 d.). Dėl nepilnamečio apsaugos teismų praktika ir teorija pastarojo nesąžiningumą laiko nekenksmingu, kol ir jo įstatyminis atstovas nesužino apie įsigijimą ir jo neteisėtumą (RG JW 1917, 465; Lieb, *Münchener Kommentar* [1986] 819 RdNr. 7; Larenz/Canaris, *Prievolinės teisės vadovėlis II 2* [1994] 312 ir kt.); kiti daro prielaidą, kad, kaip ir ieškinio dėl nepagrįsto praturtėjimo atveju, nepilnametis atsakytų, jeigu jis būtų atsakingas deliktinės teisės požiūriu (Vokietijos CK 828, 829 str.; plg. BGHZ 55, 128, 135 str.).

Kitose šalyse nepilnamečių apsaugos ypatumas pastebimas labiau, nes bendroji atsakomybės taisyklė į jį atsižvelgia nepakankamai. Pvz., Austrijoje ir Prancūzijoje kalbama apie teoriją dėl nesikeičiančio piniginio reikalavimo. Abiejose šalyse nepilnamečiai atsako tik tada, jeigu tai, kas gauta, iš tiesų panaudota jų naudai, o tai įrodyti privalo, taip atrodo, kreditorius.

Austrija: OGH 1951.8.22, SZ 24 Nr. 204; OGH 1905.12.13, GIUNF 8 Nr. 3246; OGH 1913.7.2, GIUNF 16 Nr. 6514. Prancūzija: civilinio kodekso 1241, 1312. Italija: civilinio kodekso 2039 str.

Prancūzijos teisininkams teorija apie būtiną atsakomybę esant pinigų atlyginimui yra tokia patraukli, kad ji įgyvendinama ir asmeniui esant neveiksniam, jeigu apčiuopiamos naudos dėl mokėjimo jis gavo tik kartą, nesvarbu, ar jam pavyko šią naudą vėliau išlaikyti. Jei neteisėtai gautus pinigus jis panaudojo pirkiniams, jis lieka įsipareigojęs dėl visos sumos, jeigu prekės vėliau buvo sugadintos arba jų vertė krinta. Sakoma, kad neteisėtai mokantysis *n'est pas responsable de l'avenir et des causes etrangeres, mais seulement de la dissipation* (*Planiol/Ripert/Esmain* VI, Nr. 323).

Anglijos teisėje apskritai neturi būti varginamasi dėl taisyklių apie atsakomybę ir praturtėjimo tolesnę raidą, nes čia nepilnamečių įsipareigojimai dėl atgalinių mokėjimų atmetami *a limite*. Jeigu nepilnamečių gautas mokėjimas ar jo pakaitalas atskiriamai dar egzistuoja, pagal *Equity* (teisingumo) taisykles linkstama į tai, kad nepilnametis, panašiai kaip ir esant *constructive trust* (nesavanoriškai patikai), būtų paragintas grąžinti (plg. *Stocks v. Wilson* [1913] 2 K.B. 235; *Goff/Jones*, ten pat, p. 533 ir kt.). Mokėjimo grąžinimas kitai šaliai negali būti suvedamas į prevolinį reikalavimą, nes bijoma, kad tai priartintų negaliojančios sutarties įgyvendinimą. Sakoma: *Restitution stops where repayment begins* (*Anson/Guest*, Principles of the English Law of Contract [1975] 216). Todėl nepilnametis atleidžiamas nuo grąžinimo, jeigu gauto mokėjimo arba jo pakaitalo jis daugiau negali grąžinti, taigi esant neatlygintinam nuostoliui, taip pat naudingo arba nenaudingo vartojimo atveju. Jis taip pat nuo pradžių neatsako, jeigu mokėjimo grąžinimas savo prigimtimi galėtų egzistuoti tik piniginė išraiška; taigi jei atliktos paslaugos arba sumokėti pinigai, kurie pradingo jo likusiame turte.

Ši teisinė situacija iš esmės remiasi dviem išankstinėmis šio šimtmečio pradžios nuomonėmis. Vienu atveju buvo kalbama apie rankpinigius, kuriuos nepilnametis pardavėjas gavo remdamasis sutartimi, kurios jis vėliau neįvykdė (*Cowern v. Nield* [1912] 2 K.B. 419), kitu – apie paskolą nepilnamečiui (*Leslie Ltd. v. Sheill* [1914] 3 K.B. 607). Abiem atvejais reikalavimas grąžinti mokėjimą buvo kategoriškai atmestas – iš dalies dėl grynai abstrakčių samprotavimų, iš dalies todėl, nes *this would be nothing but enforcing a void contract* (*Lordas Sumneris Leslie Ltd. v. Sheill*, ten pat, p. 619 byloje; tačiau palyginkime apie tai kritiškai *Goff/Jones*, ten pat, p. 530 ir kt.). Amerikiečių teisė seka anglų pavyzdžiu. Sąvadas vadovaujasi tuo, kad *change of circumstances* (aplinkybių pasikeitimo) prieštaravimas nepilnamečiui turi duoti mažių mažiausiai tokią pat teisę, kaip ir visiškai veiksniems asmenims (*Restatement on Restitution* (Teisių atkūrimo įstatymo teisės normų sąvadas) [1937] Comment d 139 str.). Iš tiesų nepilnamečio apsauga peržengia bendrąją atlaisvinimo nuo grąžinimo taisyklę, nes tradicinė, šiandien vis dar viešpataujanti nuomonė esant nepilnamečių niekinėms sutartims kitos šalies atgalinį mokėjimą atmeta jau tada, jeigu nepilnametis pradinį mokėjimą arba jo pakaitalą rankose turi nebeatskiriamai. Tas pat turėtų galioti pagal kai kuriuos sprendimus, jeigu grąžinimas *in natura* yra neįmanomas nuo pat pradžių (plg. apie viską *Williston* 238 str.; Simpson, *Handbook of the Law of Contracts* [1965], p. 228 ir kt.).

4. Šie pavyzdžiai mums rodo, kad visose teisės sistemose yra vienodai skambančių samprotavimų apie atsakomybę, kurie atsiranda iš ypatingų bylų rūšių savitumo, susikuria sau erdvę prieš arba šalia iš anksto suformuluotų abstrakčių atsakomybės taisyklių. Esant atlyginimo permokėjimams socialiniai motyvai kalba darbuotojų, nepilnamečių, kurie nepagrįstai praturtėjo, naudai ir todėl teisės sistema gina šiuos asmenis nuo pareigos atlyginti žalą.

Tokie sprendimo kriterijai, kurie pripažinimą išsikovoja skirtingose sistemose, nereikalauja jokio tolesnio aiškinimo. Tačiau šalia jų išryškėja aukščiau pavaizduotų atskirų teisės sistemų

bendrieji sprendimo motyvai, kurie ir kitose šalyse galėtų būti naudingai panaudoti. Ypač vertinga atrodo Amerikos teisėje atsispindinti mintis – sprendimą laikyti priklausomu nuo abiejų sutarties šalių elgesio ir pozicijos nepagrįsto praturtėjimo metu bei po jo, net jeigu šiandien mes nebegalėtume pripažinti jos teorinio pateisinimo iš ypatingos praturtėjimo instituto teisingumo natūros. Toliau susidomėjimo nusipelno samprotavimas, kad praturtėjusysis turi atsakyti už tam tikrus ekonominius sprendimus savo turto atžvilgiu ir tuo atveju, jeigu teoriją apie piniginių reikalavimų nepakeičiamumą, kuri šiandien, tarp kita ko, pateisinama šia mintimi, mes jau nuo pat pradžių laikome per griežta.

Tradicinė vokiečių teorija, kuri nepagrįstą praturtėjimą diferencijuoja pagal įgytą turtą, visų situacijų neaptaria. Jai praturtėjimo teisinis atsakomybės sprendimas yra bejausmės skaičiavimo operacijos, kuriose vertinantys apmąstymai sudedami ne taip gerai, rezultatas (plg. *Dawson*, ten pat, Boston Univ.L.Rev. 61 [1981] 271). Tokių samprotavimų svarba iš karto tampa regima, jeigu, kaip amerikiečių teisininkas klausia, kam tenka *nuostoliai*, kylantys iš praturtėjimo panaikinimo? Esant šiam požiūriui, tolesnė praturtėjusio skolininko atsakomybė priklauso nuo to, ar *įvykiai*, dėl kurių kilo nuostoliai, *priskiriami* jam, ar kitai šaliai.

a) Aišku, kad tokiam priskyrimui labai svarbu *abiejų* šalių elgesys ir pozicija. Jau *A v. Tuhras* priekaištavo, kad vyraujančios vokiečių teorijos apie atsakomybę formulė esant atskiroms praturtėjimo rūšims, užmiršo skirtingą šalių poziciją. Jis pritarė nuomonei atleisti praturtėjusįjį dėl *neegzistuojančios skolos pripažinimo* nuo atsakomybės. Kas nori atšaukti savo mokėjimą, nes suklydo dėl mokėjimo prievolės, tam įstatymas leidžia remtis suklydimu tik tada, jeigu jis, kaip ir klystantysis pagal Vokietijos CK 122 straipsnį, perimtų nuostolius, kuriuos atgręžtinis reikalavimas sukeltų kitam. Tačiau esant *negatoriniam praturtėjimui*, pavyzdžiui, Vokietijos CK 816 str. 1 d. 1 p. atvejais, kai nepagrįstas praturtėjimas remiasi ne pripažįstančiojo asmens davimu, o praturtėjusiojo ėmimu, praturtėjusysis nenusipelno jokios apsaugos, jeigu jis turėjo didesnių išlaidų, praleido galimybes ar teises arba prisiėmė naujas sutarties sąlygas. Tokių nustolių gali patirti kiekvienas, kuris pervertino savo turtinius santykius; jie negali būti suversti turinčiajam teisę atlyginti nuostolius (*v.Tuhr*, ten pat, p. 314 ir kt.; su užuominomis taip pat *Heinrich Siber*, Schuldrecht [1931], p. 445 ir kt.).

Su kitais autoriais (pirmiausia *Wilburg*, p. 138 ir kt.; atsargiai pritariančiai taip pat *Rabel*, žurnale RabelsZ 10 [1936], p. 426 ir kt.) ir amerikiečių teisiniu mąstymu tuo tarpu galima ramiai žengti žingsnį į priekį ir iš reikalavimų rūšių nuspręsti, kas ypač veikė nepagrįstą praturtėjimą bei jo panaikinimą ir prasikalto jiems, jeigu, pvz., kreditorius sunaikino skolos dokumentą po to, kai skolingą sumą klaidingai gavo iš trečiojo asmens: klausimui, ar nuostoliai iš dabar esančio įrodymų būtinumo turi tekti kreditoriui arba trečiajam asmeniui, kuris nori prisiteisti iš kreditoriaus, šalia kitų samprotavimų gali būti esminis dalykas ir tai, ar kreditorius skolą ultimatyviai ir su įtikinėjimo jėga išreikalavo iš trečiojo asmens arba ar tretysis asmuo tikėdamas, kad jis yra skolininkas, sumokėjo pats, arba ar mokėjimas, kuris buvo skirtas kitam, tik per *žiro* institucijos neapsižiūrėjimą pateko į kreditoriaus sąskaitą. Be kita ko, paskutiniuoju atveju turi būti tinkamai klausiama, kuriai iš šalių priskiriami šios *žiro* institucijos apsirikimai.

b) Priskiriant nepagrįstą praturtėjimą mažinančius įvykius teisėtas yra ir samprotavimas, kad praturtėjusysis už tam tikrus ekonominius sprendimus turi atsakyti pats. Ekonominę nesėkmę, kurią iš savo paskirstymų, susijusių su įsigijimu, patiria praturtėjusysis, Vokietijos teismų praktika CK 818 str. 3 d. suverčia nepagrįsto praturtėjimo kreditoriui. Šis turi nuostolių, jeigu žemės sklypo pirkėjas apsigauna perparduodamas arba žemės sklypo pardavėjas – iš nau-

jo nustatydamas pirkimo kainą (RGZ 75, 361; RG JW 1931, 529) arba jeigu nepagrįsto mokėjimo gavėjas pinigus kaip paskolą perduoda trečiajam asmeniui ir jų netenka dėl pastarojo bankroto (RG WarnRspr. 1912 Nr. 360; BGHZ 26, 185, 194 ir kt.), arba jeigu pardavėjas didesnę išankstinio mokėjimo dalį investuoja į nuosavą įmonę, kuri vėliau sužlunga dėl bombardavimo ir demontavimo (BGH MDR 1957, 598).

Tikras požiūris yra toks, kad iš esmės kiekvienas atsakingas už normalią sėkmės riziką; nes, kaip kartą pasakė Rabelis, „kaip praturtėjusysis susieja daiktą su savo turtu, yra išimtinai jo paties reikalas“ (*Rabel*, ten pat, p. 427). Todėl kai kurių šalių teorijoje slypi racionalus grūdas, kad pinigai yra grąžintini ta pačia suma; nes pinigai yra taip universaliai naudojami, kad čia ypač suprantama gavėjo paskirstymus priskirti savo paties turtui.

Mintis, kad iš esmės kiekvienas privalo atsakyti už savo „turtinį elgesį“ (*Flamme*, ten pat, p. 157), griežtumo netenka tik tais atvejais, kai asmuo praturtėja dėl nesąžiningumo, ypatingo malonumo arba neįprasto pasirengimo rizikai ir kartu patiria nuostolių – tai būtų gryni pasitikėjimo nuostoliai, kurie apskaičiuojami ne turtu, o atsižvelgiant į motyvus ir kaltę. Tačiau ir ši mintis nėra taikoma, kai įstatymas, pavyzdžiui, nepilnamečių institute, leidžia aiškiai suprasti, jog jis kiek įmanoma nori apsaugoti tam tikras asmenų grupes nuo nuostolingų nuosavo verslo padarinių.

c) Nepilnamečių atsakomybės pavyzdys nepagrįsto praturtėjimo institute mums pagaliau atskleidžia kitą nuostolių priskyrimo pagrindą, kuris ligi šiol nepagrįsto praturtėjimo institute dar niekur nebuvo sąmoningai įvardytas. Kelių užsienio teisinių sistemų apžvalga parodė, kad net tais atvejais, kai praturtėjimo institutas įsipareigojusiajam iš esmės privilegijų suteikė mažiau nei Vokietijos teismų praktika, teisiniai ir politiniai argumentai, kurie atsakingi už nepilnamečių apsaugą, „permuša“ taip, kad nepilnametis visai neapsunkinamas atgręžtiniais reikalavimais iš pirma einančių sandorių arba apsunkinamas tik labai ribotai. Kitais žodžiais tariant: normos, kuri reglamentuoja nepilnamečio sudarytos sutarties negaliojimą ir taip sukelia mokėjimo grąžinimą, gali būti paklausta, kam turi tekti nuostoliai iš negauto pelno.

Kad „normos tikslas“ vietoje ar mažų mažiausiai šalia tradicinio atitikimo nagrinėjimo veiktų ir nuostolių paskirstymą, pagal Rabelio tyrinėjimus vis labiau pripažįstamas ir vokiečių nuostolių teisinėje doktrinoje bei praktikoje. Nepilnamečių atsakomybės pavyzdys atkreipia dėmesį į tai, kad žalos paskirstymo problemos gali prasidėti ir nepagrįsto praturtėjimo institute, t. y. kad ir nepagrįsto parturtėjimo normų veikimo apimtis tinkamais atvejais gali būti nustatyta pagal reikalavimą pagrindžiančios normos prasmę bei išsiplėtimą. Tai ypač įmanoma tada, kai sutartis, kurios pagrindu seniau buvo atliktas mokėjimas, dėl tam tikrų priežasčių yra niekinė, pavyzdžiui, dėl prieštaravimo įstatyminiams draudimams arba formos reikalavimams, ir kai teisinis bei politinis šių negaliojimo priežasčių tikslas gali būti vienareikšmiškai identifikuotas. Šiuo atveju šis tikslas pateikia vertingą atramos tašką ir restitucijos atsakomybės apimčiai.

Tokie pat samprotavimai atliekami esant atskiroms situacijoms, jeigu teisinė pozicija turinio atžvilgiu yra užtektinai tvirtai pavaizduota. Jeigu, pavyzdžiui, kas nors pardavė svetimus daiktus arba juos išeikvojo, o ankstesnis savininkas pareiškia reikalavimą, jam Vokietijoje draudžiama reikalauti trečiajam asmeniui sumokėtos sumos, ir tai, be kita ko, todėl, kad tokie mokesčiai nebūtų įmanomi iš anksto egzistuojančiai vindikacijai (BGHZ 14, 7, 9 ir kt.); *Caemmerer*, jubiliejinis leidinys, *Rabel* I [1954] 385 ir kt.). Tuo pasakyta ne kas kita, kad nuosavybė šiuo atveju reikalavimą ne tik motyvuoja, bet ir apibūdina atsakomybės dydį.

Zweigert, Konrad

Zv-13 Lyginamosios teisės įvadas / K. Zweigert, H. Kötz. – Vilnius : Eugrimas, 2001. – 504 p.

Santr. angl., it., pranc. – Bibliogr. išnašose.
ISBN 9986-752-97-3

K. Zweigerto ir H. Kötzo vadovėlis „Lyginamosios teisės įvadas", išverstas į daugelį užsienio kalbų, yra vienas iš įdomiausių ir išsamiausių Vokietijos lyginamosios privatinės teisės kūrinių. Jame pateikiama pagrindinių civilinės teisės institutų lyginamoji analizė, nemažai dėmesio skiriama lyginamajai teisei kaip savarankiškai disciplinai, nagrinėjamos įvairių šalių teisės sistemos: kuo jos panašios ir kuo skiriasi, istorinė jų raida bei taikymas seniau ir šiandieną.

Šis vadovėlis ir dabar daugelyje Europos universitetų yra pamatinis nagrinėjant lyginamosios teisės klausimus. Nors knyga yra skirta teisininkams studentams, tačiau tikrai sudomins kiekvieną, kuris ją paims į rankas.

UDK 340.5+347

K. Zweigert, H. Kötz
LYGINAMOSIOS TEISĖS ĮVADAS

Dailininkas *Algimantas Dapšys*
Dizainerė *Nijolė Juozapaitienė*

SL 2138. 2001 08 21. 37 leidyb. apsk. l. Užsakymas 855
Išleido leidykla „Eugrimas", Šilutės g. 42a-1, LT-2042 Vilnius
Puslapis internete www.eugrimas.lt
Spaudė AB „Vilspa" spaustuvė, Viršuliškių skg. 80, LT-2056 Vilnius

K. Zweigerto ir H. Kötzo vadovėlis "Lyginamosios teisės įvadas", išverstas į daugelį užsienio kalbų, yra vienas iš įdomiausių ir išsamiausių Vokietijos lyginamosios privatinės teisės kūrinių. Jame pateikiama pagrindinių civilinės teisės institutų lyginamoji analizė, nemažai dėmesio skiriama lyginamajai teisei kaip savarankiškai disciplinai, nagrinėjamos įvairių šalių teisės sistemos: kuo jos panašios ir kuo skiriasi, istorinė jų raida bei taikymas seniau ir šiandieną. Šis vadovėlis ir dabar daugelyje Europos universitetų yra pamatinis nagrinėjant lyginamosios teisės klausimus. Nors knyga yra skirta teisininkams studentams, tačiau tikrai sudomins kiekvieną, kuris ją paims į rankas.



„Teisės studijų šaltiniai" – Atviros Lietuvos fondo Teisės programos iniciatyva ir lėšomis leidžiama vadovėlių, mokymo priemonių, žodynų ir kitų veikalų serija. Serijos tikslas – atnaujinti Lietuvos teisės tradicijomis ir šiuolaikinėmis demokratinės teisinės valstybės vertybėmis grindžiamas teisės studijas bei teisinį švietimą.

TEISĖ

ISBN 9986-752-97-3



Rekomenduojama kaina 35,50 Lt